民法債編各論

上

戴修瓚著

例言

一　著者自民國初元囘國。即在北京公私立各大學。擔任民商法講席。先後十餘年。稿件屢易。每思刊行問世。顧以公私過忙未果。民國十七年。重遊海外。遍覽新籍。頓覺以前研究。頗遠社會情勢。偶閱舊稿。不覺汗顏。嗣後囘歸滬上。復任各法校講席。念及　國府頒布私法法律。爲時無幾。尚無系統著述。學子苦之。用敢不揣譾陋。欲將歷年講稿。按照我國現行法律。及現代法學思潮。增删修訂。陸續編擬民法總則、民法物權、民法債編、公司法、票據法、保險法、海商法等書。務就我國新頒私法法律。

期成系統解說。茲因自己研究上之便宜。先刊債編總論及債編各論二書。聊供他山之石。藉作攻玉之資云爾。

二　本書係就我國新頒民法債編及重要關係法規。試爲系統的研究。其解釋大義。固依據我國現行法條。而外國立法例及學說並中外判例。亦多旁採。用資比較。故宜作各法校教本。並可供實際家之參攷。

三　本書所引學說。以限於篇幅。未獲盡行列舉出處。而所舉事例。又以用充教本。頗涉繁瑣。讀者諒之。

四　本書於授課餘暇。倉卒草成。未遑推敲。且研鑽未深。間有私見。海內宏達。幸垂教焉。

五　本書單稱某條或於括孤內單載某條者均指民法條文其餘略語如左

1　德民（德意志民法）　2　德商（德意志商法）　3　法民（法蘭西民法）　4　法商（法蘭西商法）　5　瑞民（瑞士民法）　6　瑞債（瑞士債務法）　7　日民（日本民法）　8　日商（日本商法）　9　奧民（奧大利民法）　10　俄民（蘇俄民法）

著者　戴修瓚識十九年九月一日

民法債編各論目錄

民法債編各論

戴修瓚 著

緒論

一　本書研究之範圍　債法之研究。通常分爲總論各論二部。總論乃以研究關於債編之通則(債編第一章)爲目的。凡關於債之本質、發生、效力、變更、消滅等之一般理論。均在總論中研究之。但欲就各種債之發生原因。一一說明其構成要件、效力等。則更須有詳細之特殊研究。此卽各論之所由生也。故債編第二章所定各種債之重要觀念。均於本書內研究之。

二　債編適用之範圍　債之種類。至爲繁夥。債編第二章。僅就常生之債。列舉規定。用作典型。並非囊括靡遺。且社會進步。日新月異。新生之債。勢所必有。此等債的關係。須有法規。以資準繩。故得按其內容。就債編之規定。類推適用。又

民法以外之特別法。如公司法、票據法、保險法、海商法、交易所法等。殊多債的關係。苟其中無特別規定、亦得適用債編之規定。蓋以民法對於此等特別法。居普通法之地位也。

三　商法法規之纂入　我國編纂私法法典。探民商統一主義。除公司、票據、保險、海商等。以單行法頒行外。其餘原屬商法總則及商行爲之範圍者。如經理人、代辦商、商事買賣、交互計算、行紀、倉庫、運送之類。則纂入債編各種債之中。故本書之研究。頗涉及商法之範圍。

第一章 買賣

買賣中頗有商業買賣之規定

買賣發達最早。既多且廣。在交易中 極爲重要。故民法中。詳予規定。【註一】

【註一】 外國法中。有於商法內。關於買賣。設特別規定者。如德商（第三編第二章買賣第三七三條至第三八二條）日商（第三編第二章買賣第二八六條至第二九〇條）法商（一〇九條）西商（三二五條）等是。究考厥由。蓋以商業交易。既尚簡捷。商品市價。復多變動。而民法規定。頗多繁重。揆諸商事。鑿枘難行。因另設規定。以濟其窮。然及近代。社會進步。人事日繁。尚簡捷者。既特商事。民事亦然。凡屬買賣。宜毋分民商。適用同一法規。例如英買賣法。瑞債務法（第二編第六章買賣第一八四條至第二三六條）俄民法（債權第四章買賣第一八〇條至第二〇五條）等是。我國民法亦同。即就商法中設特別規定者言之。法商僅設一條。而德日等國商法。每屆修訂。其買賣規定。必加削減。而逐次彙入民法中矣。故我國民法之買賣中。亦輒有原所謂商事買賣之規定也。

第一節　買賣之性質

買賣之定義

買賣云者。當事人一方（出賣人）約移轉財產權於他方。而他方（買受人）約支付價金之契約也。（三四五條）其法律上之性質如左。

爲雙務契約並有償契約

一　買賣爲雙務契約並係有償契約　蓋買賣契約。乃使出賣人。負移轉財產權之債務。而同時復使買受人。負支付價金之債務。其雙方當事人。互負債務。顯有對價的意義。自係雙務契約。又雙方當事人。須付給財產。始能自他方取得利益。自係有償契約。

有償契約之模範

買賣在有償契約中。誠作模範。故買賣以外之有償契約。除其性質所不許者外。得準用買賣之規定。（三四七條）

爲諾成契約並不要式契約

二　買賣爲諾成契約並係不要式契約　蓋買賣契約。其雙方當事人。對於買賣之要件。即出賣之標的物及價金。互相表示意思一致時。即行成立。（三四五條二項）不必以實

行給付爲成立之要件。故爲諾成契約。又其成立。在當事人間。祇須有意思表示而已。不拘何種方式。故爲不要式契約。【註一】

【註一】 前大理院判例。謂買賣有無字據。與字據內有無當事人畫押。均非買賣債權契約成立之要件。（四年上字一二八九號）又謂債權法上不動產之買賣。祇以當事人之合意而生效力。並不以書立字據爲契約成立之要件。（四年上字一八一七號）此均言明買賣爲不要式契約也。

出賣人負擔移轉財產權於買受人之債務

三　買賣係以移轉財產權爲標的之契約　買賣在使當事人一方。（出賣人）對於他方。（買受人）負擔移轉財產權之債務。此乃買賣在有償契約中所有之特徵也。

買賣之標的以財產爲限

1　財產權爲買賣之標的物　買賣之標的物。既爲財產權。則身分權人格權。自不得爲買賣之標的物。又雖係財產權。而依法律之規定。或當事人之意思。專屬於權利人其人。不得爲交易之標的者。亦不得爲買賣之標的物。【註二】但除上述限制外。無論財產權之種類若何。均得爲買賣之標的物。故

中　不以所有權爲限。限制物權、準物權、（如鑛業權、漁業權、入漁權之類

是）無體財產權、（如著作權、商標專用權、特許權之類）債權等。皆得爲買賣之標的物。

乙　財產權不必現在屬於世賣人所有者。雖他人之權利。亦得以爲買賣之標的物。【註三】蓋買賣僅在使出賣人負擔移轉財產權於買受人之債務。非以即行移轉。爲其契約成立要件。故以他人之權利爲買賣之標的物者。亦得成立買賣契約。惟嗣後履行時。出賣人應自他人取得其權利。而以物權契約。移轉於買受人。此則爲契約成立後之履行問題也。

丙　財產權不必現存者。雖將來始發生之財產權。如將來可收獲之孳息。或將來可製作之物品。亦得以爲買賣之標的物。【註四】

丁　財產權不必特定者。雖不特定物或不特定之權利。亦得以爲買賣之標的物。惟須依法律或當事人之意思表示。得確定其給付之內容耳。

2　財產權之移轉　蓋以出賣人對於買受人。負擔移轉財產權之債務也。玆所謂

財產權之移轉

移轉。不僅指出賣人現有財產權之移轉。其買受人基於出賣人現有財產權。而取得他種財產權者。亦得稱爲財產權之移轉。例如約定設定限制物權是。【註五】

【註二】 財產權者。以經濟的利益爲標的之權利也、如物權、債權、無體財產權之類是。身分權者。人格者以其一定身分所得享有之權利也。如親權、夫權是。人格權者。以與人格不可分離之利益爲標的之權利也。如身體權、自由權、名譽權之類是。財產權重在經濟的利益之享受。原則上得自由處分。富有移轉性。自得爲買賣之標的物。至於身分權、人格權。均爲專屬權。並無移轉性。自不得爲買賣之標的物。又雖係財產權不得爲交易之標的者。例如雇傭租賃等契約。法派當事人其人。其債權原則上不得移轉。又如當事人約定地上權不得讓與是。

【註三】 以他人之權利爲買賣之標的物者。是否有效成立。在各立法例。大別爲二。(一)有效說。羅馬法德民日民英法採之。我國前大理院判例亦同。(三年上字四五號。四年上字一〇二七號。七年上字三六四號。四年上字一一四九號。)(二)無效說。法民採之。(法民一五九九條參照)。

【註四】 前大理院判例。亦謂就將來可取得之物爲買賣者。其行爲雖不能即生移轉物權之效力。

而此項行爲。究非法律之所禁止。（六年上字八一五號）

【註五】　移轉者。同一權利。自某主體分離。而另歸屬於他主體也。故後者必繼承前者之地位。而爲其權利人。按移轉之原義。本係指既存權利之主體變更而言。據此意義。物權之設定。自不得謂爲移轉。何則。蓋以乃物權之新設。非既存物權之主體變更也。然設定人本其所有權之權能。設定限制物權。則相對人取得之權利。仍係設定人所傳來。其有權利繼承關係。毫不容疑。故物權之移轉與設定。同爲後者繼承前者之權利。就移轉之廣義言之。均應包含。故物權之設定。亦爲移轉行爲之一種。

買受人負擔支付價金之債務

四　買賣係以支付價金爲標的之契約　買賣在使買受人負擔支付價金之債務。故對於移轉財產之對待給付（買受人給付之物）。須爲金錢。若係金錢以外之其他財產權。則爲互易。（三九八條）又若係勞務。則爲僱傭或承攬。（四八二條四九〇條）

1　支付價金之金錢。不必限於通貨。（法幣）雖自由貨幣。（慣行貨幣）亦無不可。

2 價金之數額。不必限於具體約定者。其依情形可得而定者。亦視爲定有價金。（三四六條一項）【註六】

【註六】前大理院判例。謂買賣契約、固以約定一定價銀爲其成立要件。然其價銀。並不以具體定爲限。即依一定之方法計算而可確定者。亦無不可。（六年上字一〇七五號）其主張與本規定同。

3 價金約定依市價者。依時依地。各不相同。究依何時何地之市價。在當事人間曾約定者。依其所定。如未經約定。則視爲依標的物清償地清償時之市價。（三四六條二項）蓋以買賣契約之締結。重在履行故也。

五 買賣常係債權契約　買賣契約之成立。在當事人一方。約定移轉財產權。而他方則約定支付價金。故當事人間。僅生債務關係。即一面使出賣人負擔移轉財產權之債務。而他面則使買受人負擔支付價金之債務也。蓋所謂約者。非現在逕生某種結果之意。乃將來爲某種行爲或不行爲之意。既云約定移轉財產權。及支付價金。可見非逕行移轉及支付之意。乃謂將來須移轉及支付之意。故曰於當事人間。僅生債

務關係。必須再有履行行爲。以實行移轉或交付也。【註一】且就出賣人常對買受人負擔保義務觀之。則買賣契約之效果。在當事人間。創設債務關係。尤屬瞭然。

【註一】買賣契約之直接效果。僅生一種債務關係而已。如欲使相對人取得財產所有權。必須再有履行行爲。以實行移轉及支付。此即所謂物權契約是也。至當事人將貨物與價金即時對交。如所謂現買賣者。似無債權契約。然亦不過適逢其會。債權契約與物權契約。同時成立耳。否則出賣人之擔保義務。不能說明也。但少數學者。亦有主張現買賣非債權契約者。或謂爲特種之有償契約。並非買賣。或尚認爲買賣。僅謂其非債權契約而已。

現買賣

第二節　買賣之成立

須合意之事項

一　意思須一致　買賣既爲諾成契約。並係不要式契約。故當事人就買賣之法定要件。即就出賣之標的物與價金。互相同意時。買賣契約。即爲成立。（三四五條二項）至關於買賣費用。債務履行之時期及處所、擔保責任等項。除當事人特別約定以爲契約

之成立要件外。雖尚未互相同意。亦不妨契約之成立。（一五三條二項參照）

締約費用

二　買賣契約締結費用　締結買賣契約時。難免有各種費用。如印花費、文件作成費估價費等是。此等費用。究由誰負擔。其負擔分配率如何。如法律另有規定。或當事人間定有特約。或契約締結地另有習慣。則或應從其規定。或應從其特約。或應從其習慣。惟無上述各情形時。則法律設有準則。即買賣契約之費用。【註一】由當事人雙方平均負擔。（三七八條一款）

【註一】買賣契約之費用。係指買賣契約締結之費用而言。若三七八條二款三款所規定之費用。則爲買賣契約履行之費用。

定金

三　定金　定金云者。締結契約之際。當事人一方。給付他方之金錢或其他有價物也。凡交易之授受定金。各種交易。皆可行之。惟買賣居多耳。【註二】考買賣之習慣授定金者。係由買受人付與出賣人。如出賣人收受定金時。其效果若何。依我民法之規定。該買賣契約。即視爲成立。（二四八條）至契約成立之後。原付定金。究應如

何處理。在當事人間。定有特約者。從其特約。如無特約。則法律上設有準則。(二四九條)【註三】

1 買賣契約履行時。定金應返還或作爲給付之一部。

2 買賣契約因可歸責於付定金當事人之事由。致不能履行時。付與人不得請求返還。原付定金。卽由收受人沒爲己有。

3 買賣契約。因可歸責於受定金當事人之事由。致不能履行時。該收受人。應加倍返還其所受之定金。

4 買賣契約因不可歸責於雙方當事人之事由。致不能履行時。定金應返還之。

【註二】　考各立法例。(1)有將定金規定於債法之買賣中者。如法民日民是。(民法一五九〇條日民五五七條)蓋以授受定金。買賣爲多。因規定於買賣中。而使其他有償契約準用之。(2)有將定金與違約金共規定於債法之通則或契約中者。如我民及德民、瑞債、俄民是。(民二四八條二四九條德民三三六條至三三八條瑞債一五八條俄民一四三條)蓋以授受定金。在各種交易。咸可行之

定金之性質

。故規定於通則中。使均得適用也。

【註三】 定金因授受之目的不同。而性質攸分。大別爲四。(1)成約定金。謂以定金爲契約成立之要件。因受定金而契約即認爲成立者也。(2)證約定金。謂以定金爲契約締結之證據。即因交付定金。以證明契約之成立也。(3)解約定金。謂付與定金。乃以爲留保解除權之代價。質言之。即得拋棄定金。而解除契約也。(4)違約定金。謂定金付與後。不履行契約時。定金收受人。即得予以沒收也。考各立法例。多定爲證約定金。如德民(三三六條)瑞債(一五八條)奧民(九〇八條)等是。俄民亦定爲證約定金兼違約定金(俄民一四三條)惟法民、日民則定爲解約定金。(法民一五九〇條日民五五七條)至於我民法。其第二百四十九條之規定。係以定金爲契約履行之保證。可謂有違約定金之性質。又其第二百四十八條。規定受有定金時。其契約視爲成立。由文字解釋言之。其定金之授受。並非證明契約之成立。乃因此認爲契約成立。又可謂有成約定金之性質矣。故我民法。可謂定爲成約定金兼違約定金也。惟債權法規。爲標準規定。故授受定金之性質。究係何種。仍應解釋當事人之意思。以決定之。

買賣預約

四　買賣預約　預約云者。謂約定締結本契約之契約也。故買賣預約。在使當事人負擔須爲訂立買賣契約之意思表示之債務。其預約義務人。如任意的不爲此項意思表示時。則預約權利人。得請求其履行。（二二七條參照）又履行不能時。得解除其預約。並得請求損害賠償。（二二六條二五六條二六〇條參照）【註四】

【註四】　考各立法例。（1）有設一般預約之規定者。如瑞債（瑞債二二條）奧民（奧民九三六條）是。（2）有僅設買賣預約之規定者。如日民（日民五五六條）是。（3）有未設規定者。如德民法民是。至於我民法。除規定得預行約定本契約之方式（一六六條）外。關於預約。並無其他規定。略同法德。但在習慣上。買賣預約。實所常有。在法理上。其應認許。毫不容疑。德國之通說亦然。

第三節　買賣之效力

買賣之效力

買賣之效力。一面在使出賣人向買受人移轉財產權。而他面則使買受人向出賣人支付價金。故應分出賣人買受人兩方述之。

出賣人之義務

第一款 出賣人之義務（卽買受人之權利）

出賣人之義務。共有二種。（1）財產權移轉之義務。此爲買賣契約本來之義務。（2）擔保責任。此乃法律據公平之觀念。特使出賣人負擔之義務也。

第一項 財產權移轉之義務

權利之移轉

一 權利之移轉 出賣人因買賣契約。對於買受人負擔移轉財產權之債務。故應依關於移轉權利之方法。實行移轉。使買受人得作財產權之主體。而取得其權利。（三四八條）卽在以買賣不動產物權爲標的之債權契約。於買賣契約成立後。更須以書面。再訂履行移轉之物權契約。並經登記。始生移轉之效力。（七五八條 七六〇條）【註一】又在以買賣動產物權爲標的之債權契約。於買賣契約成立後。更須再訂履行移轉之物權契約。並經交付。始生移轉之效力。（七六一條）又在以買賣準物權爲標的之債權契約。

於買賣契約成立後。更須再訂履行移轉之物權契約。並經核准及登記。始生移轉之效力。(礦業法一七條一項一款漁業法五條六條)蓋以買賣物權爲標的之債權契約。僅生應爲移轉之債務。必須更有以物權之移轉爲標的之物權契約。始得實行移轉。故出賣人應協同爲之。此外以買賣其他財產權爲標的之契約。亦應分別履行其移轉所必要之行爲。如債權讓與之通知。(二九七條)著作權商標專用權移轉之註册(著作權法一五條商標法一八條)等是。至於買賣標的物之從物。以及證明文件。或必要說明。或其他關於權利行使者。並應一併移交或告知之。務使買受人得完全享受其權利之效用。

【註一】　前大理院判例。亦謂以買賣不動產爲目的之債權契約　如已合法成立。則除該契約具有無效或撤銷之原因。或由兩造合法解除外。賣主卽有作成契據。交付買主(卽締結物權契約)之義務。(三年上字九一六號)

物之交付

二　標的物之交付　買賣標的之財產權。以物之占有爲其內容者。出賣人須交付其物於買受人。以移轉占有。(三四八條)如動產物權之移轉。非將動產交付。不生效力。

（七六一條）又不動產物權及債權之移轉，固不以交付爲成立要件。（七五八條二九七條參照）然所有權、地上權、永佃權等物權。以及租賃權之債權。均以物之占有。爲其內容。出賣人亦應交付其物。以移轉占有。（三四八條二項）俾買受人於權利移轉後。可以行使其權利。茲關於交付標的物。賣主應負之義務。舉其重要者如左。

1 保管義務　特定物之出賣人。於未交付前。須以善良管理人之注意。保管標的物。不特定物。則據二〇〇條二項規定。從標的物確定時。出賣人亦任保管之責。【註二】

【註二】　保管爲交易上之慣行。凡負交付之責者。皆應有此義務。法日民法。均有規定。（法民一〇二七條日民四〇〇條）但德民則以事屬當然。毋庸明定。我民法亦同。

2 交付地　交付地卽淸償地。在當事人間。定有特約。或買賣行爲地。另有習慣。或債務之給付。別具性質。自應依特約、習慣、或性質。如無此等情事。則法律設有準則。卽特定物之交付。須於買賣訂約時其物所在地爲之。（三一四條一款）不

特定物之交付。須於債權人之現在住所地爲之。(三一四條二款)

3　交付期　交付期卽淸償期。在當事人間。定有特約。或債務之給付。別具性質。自應依其特約或性質。如無此等情事。則法律設有準則。卽未定交付期者。買受人得隨時請求交付。出賣人亦得隨時交付。(三一五條)又定有交付期者。苟無特約。則出賣人得於期前交付。而買受人不得於期前請求。(三一六條)

交付時間。若無特約。雖至交付期之終止。亦得爲之。(一二一條一項參照)但商業習慣上。定有營業時間者。非在營業時間內。不得爲之。【註三】

【註三】　德商關於此點。設有明文。(三五八條)我民法雖無此項規定。而尙應如斯解釋。以便商人也。

4　交付之物體　出賣人應交付如何之物體。自須以適合買賣標的之物爲斷。故在特定物買賣。須交付已指定作標的之物。不特定物買賣。須照已指定之種類、品質、數量。求其適合者交付之。若當事人未定其品質。則交付中等品質之物。

買賣之危險負擔

（二〇〇條一項）

5　標的物危險之負擔　買賣標的物之危險。除當事人間。另有特約外。自出買人將標的物交付於買受人時起。由買受人負擔。所謂標的物之危險。言因不可歸責於雙方當事人之事由。而有滅失毀損。致生損害之虞也。此項危險。在交付前。由出賣人負擔。而交付後。則由買受人負擔。此乃倣德國法例。關於買賣之危險負擔。規定以所有權移轉之時爲標準。定危險負担之歸屬。使享有物權之人。負擔其危險也。此之謂所有人主義。（物權人主義）【註四】又標的物所生利益。亦自交付時起。歸買受人承受。蓋利害兼歸。理所當然。（三七三條德民四四六條）惟關於危險負擔。尙有左列應注意之事項。

甲　出賣人僅有向交付地交付之義務。並無向交付地以外處所交付之義務。故通常送付中。即未交付前之危險。雖由出賣人負擔。然買受人苟請求出賣人。將標的物送至交付地以外處所。則標的物危險。自出賣人將標的物交付於運送

承攬人時起。即由買受人擔負之。（三七四條德民四四七條一項）但買受人請求將標的物送交付地以外之處所時。關於送交標的物方法。曾有特別指示。而出賣人無緊急原因。違其指示。致買受人因此受損。則出賣人須任賠償。（三七六條德民四七四條二項）【註五】

乙　關於買賣標的物之危險。固自交付時起。由買受人負担。但於交付前。亦有應歸買受人負担者。如不動產買賣。在此等情形。若在交付前。已爲登記。則應自登記時起。由買受人負担。（德民四四六條二項參照）蓋以自登記時起。已生所有權移轉之效力也。又如當事人間。定有特約聲明交付前由買受人負担者是也。（三七三條但書）法律務貫徹利害兼歸之旨。凡出賣人於危險移轉後。物之交付前。所支出之必要費用。須由買受人依關於委任之規定。負償還責任。如非必要之費用。買受人亦應依關於無因管理之規定。負償還責任。（三七五條德民四五〇條）

丙　買賣標的之財產權。以物之占有爲其內容者。如地上權，永佃權之物權。又如租賃權之債權。均須占有其物。始得行使權利者是也。此項權利之買賣。

出賣人原負交付其物之義務。（三四八條二項後段）故亦準用關於買賣標的物危險負担之規定也。（三七七條）

危險負擔之問題

【註四】 在雙務契約、一方（債務人）之債務。因不可歸責於雙方當事人之事由。致履行不能時。免其債務。（二二五條）但他方（債權人）之對待債務。是否亦因此免除。歷來聚訟紛紜。此即所謂危險負擔之問題是也。考各立法例。其主義大別爲三。（一） 債權人主義。爲債權人負担危險之主義。即債務人之債務。雖因履行不能而消滅。但債權人之對待債務。並不因此消滅。例如買賣之標的物。因事變而滅失毀損時。出賣人因以免其債務。或以毀損之狀態而爲給付。但買受人則仍須支付全部價金是。所生損害。終歸屬於債權人。其危險自由債權人負担。此種主義。素自羅馬。（所謂危險在買主之原則）法民（一一三八條）瑞債（一八五條二二〇條）意民（一四八〇條一一二五條一四四八條一二九八條）荷民（一四九六條）採之。日民所謂以物權之設定移轉爲標的之契約。亦復採之。（日民五三四條）（二）所有人主義。亦稱爲物權人主義。即自所有權移轉之時起。由債權人負擔危險之主義也。英買賣法採之。德民關於買賣之危險負擔。亦復採之。（德民四四六條）（三）債務人主

義。爲債務人負擔危險之主義。卽債務人之債務。因履行不能而消滅時。債權人之對待債務。亦因以消滅。倘如前例。則買受人毋庸支付價金。或僅比例減失毀損之程度。支付價金耳。所生損害。既歸屬於債務人。其危險。自由債務人負擔。德民關於雙務契約之危險負擔。以此主義爲原則。（德民三二三條）至於我民法。亦做德國法例。關於雙務契約之危險負擔。以債務人主義爲原則。（二六六條）而關於買賣之危險負擔。則採所有人主義。（三七三條）再關於此問題。請參照拙著債編總論中危險負擔。

【註五】　例如買受人指示自浦口由火車運至天津。而出賣人違其指示。竟交海輪裝運。以致中途沉沒。則應賠償其損害是。

三　義務履行費之負擔　出賣人既有移轉權利。並交付標的物之義務。故移轉及交付之費用。苟無特約或習慣。則由出賣人負擔之。（三七八條二款）

第二款　出賣人之擔保責任

法律為顧全交易之信用。特使出賣人。對其所移轉之財產權。負擔保責任。此項責任。共有二種。卽對於權利瑕疵之擔保及物之瑕疵擔保是也。

第一項　權利瑕疵之擔保(民三四九條至三五三條德民四三四條以下瑞債一九二條以下法民一六二五條以下俄民一九二條以下日民五六一條以下)

權利瑕疵擔保之定義

一　權利瑕疵擔保之性質　對於權利瑕疵之担保。亦稱爲追奪擔保。【註一】卽買賣標的之財產權。因權利有瑕疵。而其全部或一部。不能移轉於買受人。又或所移轉者。仍不完全時。出賣人對於買受人受損之危險。應加防衛。已受之損害。應予賠償之責任也。蓋出賣人匪特有移轉財產權之義務。並應使買受人。得完全享受其利益也。

何謂權利之瑕疵

何謂權利之瑕疵。權利有所欠缺者是已。就買賣標的之財產權。舉其欠缺情形。

不外下列數種。即（一）財產權全部欠缺者。（二）財產權一部欠缺者。（三）財產權受他項權利之限制者。（四）財產權因其標的物之一部滅失或數量不足而生變更者。（五）財產權在法律上。欠缺存在之原因者等是也。

我民法之概括規定

我民法倣德民法。就出賣人之權利瑕疵擔保責任。設概括的規定。【註二】即出賣人應擔保第三人就買賣之標的物。對於買受人。不得主張任何權利。（三四九條）又債權或其他權利之出賣人。應擔保其權利。確係存在。有價證券之出賣人。並應擔保其證券。未因公示催告。而宣示為無效。（三五一條）茲具體的例示其重要者於左。

1 買賣標的之財產權屬於他人者。質言之。即非出賣人自己所有者。應由出賣人。先自他人取得此項財產權。再以之移轉於買受人。否則或為無以移轉。或為致被追奪。在此情形。出賣人應負其權利瑕疵之擔保責任。

2 買賣標的之財產權。因他項權利之存在。致被限制者。例如以土地所有權為標的之買賣。其土地上。曾有地上權、永佃權、典權等是。（八三二條八四二條九一一條）在此項

情形。出賣人應負其權利瑕疵之擔保責任。

3 買賣標的之財產權。因他項權利之行使。致被喪失者。例如以土地所有權爲標的之買賣。其土地曾經抵押是。（八六〇條）在此項情形。出賣人應負其權利瑕疵之擔保責任。

4 買賣標的之財產權。其標的物於契約成立當時。已經一部滅失。或數量不足。以致一部給付不能者。出賣人應負其權利瑕疵之擔保責任。

5 債權或其他權利。（例如商標專用權、專賣特許權、著作權等）未經有效成立。或業經消滅者。以及有價證券。曾依公示催告之程序。宣告無效者。如以此等權利爲買賣之標的。則出賣人應負其權利瑕疵之擔保責任。

【註一】 買賣之標的物。由出賣人移轉於買受人後。倘被第三人追奪時。出賣人應負擔保責任。此種制度。肇自羅馬。德普通法、法國法。均繼仿之。通常以追奪擔保責任稱焉。但我民法之規定。並非以追奪爲限。例如買賣標的之權利。其未經有效成立。或曾經消滅者。自不生追奪之問題。

故在我民法。頗難沿用其名稱。

【註二】 各立法例。關於權利瑕疵擔保責任之規定。有採概括主義者。如德民（四三四條四三七條）瑞債（一九二條）我民法（三四九條三五〇條）俄民（一九二條）等是。有採列舉主義者。如日民是。（五六一條以下）

權利瑕疵擔保責任之要件

二 權利瑕疵擔保之要件　具左列要件時。出賣人對於買受人。始負權利瑕疵擔保之責。

1 權利之瑕疵。須於買賣契約成立時。有其存在。故契約成立當時。並無瑕疵。而嗣後欠缺者、雖生債務不履行或危險負擔之問題。但不生擔保責任之問題。【註三】

2 權利之瑕疵。買受人於買賣契約成立當時。須不知之。若知有權利之瑕疵者。則情甘買受。出賣人不負擔保之責。（三五一條）

3 買賣當事人間須無特約。蓋權利瑕疵擔保責任之規定。僅為準則的規定。如

有特約。原則上應依其特約也。（三六六條前段參照）

【註三】 權利之欠缺。在買賣契約成立之初。原已存在者。（原始的主觀不能）出賣人即應負擔保責任。其有無過失。並非所問。至於買賣契約成立後。其權利始生缺欠者。（後發的不能）則以其給付不能。是否出於可歸責於出賣人之事由（即有無過失）爲標準。使出賣人免給付義務。（二二五條）或任賠償損害之責。（二二六條）此爲債務不履行之問題。如其給付不能。出於不可歸責於雙方當事人之事由。則應以交付時爲標準。而定危險之負擔。（本款第一項註四參照）此爲危險負担之問題。由是觀之。債務不履行及危險負擔。均以出賣人有無過失爲標準。而擔保責任。則不問出賣人有無過失。故不相同。例如出賣他人之物。以致無以交付者。此爲擔保責任。故意過失毀損已出賣之物。以致無以交付者。此爲債務不履行。因事變滅失毀損已出賣之物。以致無以交付者。此爲危險負擔是。

權利瑕疵擔保之效果

三 權利瑕疵担保之效果 出賣人不履行權利瑕疵担保責任之義務。則買受人爲保護自己之利益計。得依關於債務不履行之規定。向出賣人行使權利瑕疵擔保權。

（三五三條）其內容如左。

1 權利若全部欠缺【註四】又雖一部欠缺而其他部分之履行於買受人無利益者【註五】則買受人得向出賣人。請求全部不履行之損害賠償。（二二六條）或解除契約並請求損害賠償。（二五六條二六〇條）或免付全部價金。（二六六條一項本文參照）此三種方法。得由買受人選擇行之。【註六】

2 權利雖有一部欠缺。而買受人向欲領受其他部分之履行者。【註七】則得就欠缺部分。向出賣人請求一部不履行之損害賠償。（二二六條二項之反面解釋）或比例免付價金。（二六六條一項但書參照）此二種方法。亦得由買受人選擇行之。

3 買受人於出賣人。未向自己完全移轉權利前。得拒絕支付價金。蓋依同時履行之抗辯。他方未爲對待給付前。得拒絕自己之給付也。（二六四條）

【註四】例出賣人出賣他人之物。未能自他人取得。無以移轉者是。

【註五】例如買受人向出賣人收買基地十畝。修蓋工場。而實行丈量結果。僅有七畝。不敷工場

用途是。

【註六】 請求損害賠償者。回復買受人發生損害前之原狀也。（二一三條一項）解除契約者。回復未結約前之原狀也。（二五九條）免付價金者。不為上述二種繁重程序。而免自己之債務也。此三種方法。目的各異。得由買受人斟酌實際情形。擇其有利者行之。

【註七】 例如出賣米一千包。而其中二百包於結契約當時。已被焚燬者。又如誤認為出賣人一人所有土地。買充收益財產。而實係出賣人與他人共有之土地者是。

第二項　物的瑕疵擔保之責任（民三五四條至三六五條德民四五九條以下俄民一九五條以下日民五〇七條以下瑞債一九七條以下法民一六四一條以下）

物的瑕疵擔保之定義

一　物的瑕疵擔保之性質　物之出賣人。關於買賣標的物之瑕疵。對於買受人。應任其責。此之謂物的瑕疵擔保。【註一】蓋法律為顧全交易之信用。特使出賣人。負

此項責任也。【註二】物的瑕疵擔保之規定。係適用於有體物之買賣。徵諸我國法條及諸立法例。甚屬顯然。【註三】但不宜拘泥文義。凡權利之買賣。以及無體財產權之買賣。亦宜準用。【註四】

【註一】 此項制度。肇自羅馬。近代諸國法制。莫不認之。

【註二】 瑕疵擔保。在法律上。其性質若何。議論紛歧。（1）謂瑕疵擔保。爲給付義務之一部。蓋出賣人須向買受人給付無瑕疵之物體。始克謂爲依契約之本旨。完全履行其給付義務。故瑕疵擔保。爲給付義務之一部。（2）謂瑕疵担保爲義務違反之效果。蓋出賣人對於買受人。負告知瑕疵之義務。故瑕疵擔保。乃違反此項告知義務所負之責任也。（3）謂瑕疵擔保。爲法律特予規定之責任。蓋法律爲顧全交易之信用。更於付給義務及保證責任外。另設瑕疵擔保之規定也。本書卽採此說。

【註三】 我民法三五四條及德民法四五九條。規定物之出賣人。又日民五七〇條法民一六四一條

。規定隱匿於買賣標的物之瑕疵。其法文均係指有體物而言。

【註四】 權利之瑕疵。指權利之欠缺而言。凡全部或一部之欠缺。法律上之不存在。（如未有效成立或滿期消滅是）內容之被限制或生變更者皆屬之。若不在欠缺之範圍者。如買賣專賣特許權。而其專賣年限將滿。又如買賣營業。而其營業並不實在。自不得以權利之瑕疵論。僅可準用物的瑕疵之規定而已。

物的瑕疵擔保之要件

二　物的瑕疵擔保之要件　出賣人對於買受人。於具備左列要件時。始任物的瑕疵擔保之責。

何謂物的瑕疵

1　買賣標的物須有瑕疵　何謂瑕疵。存於物之缺點是已。【註五】即據普通交易觀念。或依當事人意思。認爲物有所應具之價值。效用及其品質。如不具備。必至滅減價值及效用。或違背其所保證也。（三五四條）凡買賣標的物。據普通交易觀念。於價值須不顯形缺減。於效用須求通常適合。如馬之買賣。以健全者爲良。肉類果品之買賣。以新鮮者爲佳。健全與新鮮。即無損價值，適合通常效用。爲普

通交易上所應具者。若馬有疾病。果肉腐敗。即屬顯損價格。不合通常效用。而成瑕疵。再當事人間。特表意思。或約定某項效用。如云供軍用之馬。（即所謂契約預定效用）或保證某種品質。如云必能保其日行二百里。（即所謂其所保證之品質）倘其馬不堪軍用。及日行不及二百里。則與約定者不合。與保證者不同。而成瑕疵。但存於物之缺點。極爲細微。於其價値效用。無關重要者。不得視爲瑕疵。（三五四條一項但書）

【註五】 物之瑕疵。是否以物質的性質爲限。抑或包含法律的性質。不無爭論。竊以包含之說爲當。例如作爲基地購買某處土地。而該地曾有禁止建築之命令者。亦成爲瑕疵是。瑞債業以明文規定。無論物質上或法律上。其減滅價値，效用者。皆成爲瑕疵。（瑞債一九七條一項）

物的瑕疵擔保以危險移轉前爲限

2 物之瑕疵須於危險移轉當時存在。　買賣標的物之危險。自標的物交付時起。移轉於買受人。（三七三條）而出賣人應擔保之瑕疵。必以危險移轉以前，或移轉當時存在者爲限。（三五四條一項）若發生於危險移轉以後。不必擔保之。

買受人須不知情

3　買受人須不知情並無重大過失　買受人須於契約成立時。不知標的物之瑕疵。出買人始任物的瑕疵擔保之責。若買受人於契約成立時。明知標的物之瑕疵。則是情甘買受。又雖不知。而其不知。係因重大過失者。亦有疏忽之咎。【註六】在各該情形。出買人均不任物的瑕疵擔保之責。但在買受人。因重大過失而不知者。尚有左列例外。（三五五條）

甲　不論買受人有無重大過失　若出賣人已保證無瑕疵時。則苟有瑕疵。即屬違背保證。出賣人仍應負責。

乙　不論買受人有無重大過失　若出賣人故意隱匿瑕疵。不告知買受人時。則與其保護不良之出賣人。毋甯保護疏忽之買受人。出賣人仍應負責。

【註六】　例如皮箱店貼示本店近遭火險。皮貨廉價出售。則出賣之箱。曾經浸水。買受人應自知之。皮箱店不任瑕疵擔保之責是。

檢查通知之條件

4　買受人須踐行檢查通知之條件　買受人之行使物的瑕疵擔保權。須對於所受

領標的物。從速檢查通知。否則不得行使此項權利。而出賣人亦不復任其責。故檢查通知。爲買受人行使物的瑕疵擔保權之條件。【註七】其內容如左。

甲　瑕疵得即時發見者　買受人對於所受領之標的物。應按物之性質。依通常程序檢查之。【註八】如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時。應即通知出賣人。若怠於此項通知。則視爲承認其所受領之物。不得復行使瑕疵擔保權。（三五六條一項二項）

乙　瑕疵不得即時發見者　買受人依通常程序之檢查不能即時發見之瑕疵。至日後發見者。應即通知出賣人。若怠於此項通知。則視爲承認所受領之物。不得行使瑕疵擔保權。（三五六條三項）茲所謂日後。以出賣人交付標的物後六個月內爲限。（三六五條參照）蓋瑕疵擔保權。逾此期限。即行消滅。故雖發見瑕疵。亦無由行使其權利矣。

丙　檢查通知之規定在出賣人有惡意時不適用之　即出賣人隱匿瑕疵。故意不

告知賣受人時。則買受人。雖未踐行檢查通知之條件。仍得行瑕疵擔保權。而出賣人仍應負其責。（三五七條）

丁　他地送來物之瑕疵不僅檢查通知並應從速證明　在異地買賣。買受人對於由他地送到之物。經檢查結果。認爲有瑕疵。不願受領者。應即供相當方法。證明其瑕疵之存在。並通知出賣人。否則推定於受領時爲無瑕疵。（三五八條一項二項）

【註七】　檢查通知。在德日兩國。均規定於商法之商行爲內買賣章中。並限於商人間之買賣。始得適用。（德商三七七條三七八條日商二八八條）其民法中。並無此項規定。故在該兩國。民事買賣之買受人。其行使瑕疵擔保權。無須有檢查通知之條件。而商人間買賣。則須具備檢查通知之條件。始得行使其瑕疵擔保權。蓋商事買賣之效力。須速予確定。以求交易之安全也。但瑞債。俄民。則已設此項規定。（瑞債二〇一條俄民一九六條）凡屬買賣。無論民商。均適用之。我民法亦然。要之原爲商法法規。現爲民法所吸收也。

【註八】　例如桶酒則取以嘗味。機械則排列運轉。包裝開封易致減損價格者。則僅檢查外部。商

品性質同一者。則僅檢查一部等是。

5　當事人間須無特約　蓋瑕疵擔保責任之規定。僅爲標準的規定。若有特約。原則上應依其特約也。（三六六條參照）

物的瑕疵擔保之效果

三　物的瑕疵擔保之效果　據上述要件。出賣人應任物的瑕疵擔保之責時。出賣人對買受人。究應負何等責任。據我民法。買受人對出賣人。得行使左列權利。卽所謂物的瑕疵擔保權之內容也。茲分通例特例說明之。

通例

1　通例　卽買受人得解除契約。或請求減少其價金。（三五九條）此二種方法。由買受人選擇行之。

甲　買受人得解除契約　卽買受人若早知有瑕疵。必將不買。故有瑕疵時。得將契約解除之。此外關於解除。尙有應注意之事項如左。

A　解除顯失公平者　依據情形。解除契約。顯失公平者。買受人僅得請求減少價金。不得解除契約。（三五九條但書）蓋法律許買受人得解除契約。固以保護

買受人之利益。但出賣人若因此受過大之犧牲。有交易上。亦甚不平。故使僅得請求減少價金。

B　解除之催告　買受人主張物有瑕疵者。出賣人得定相當期限。催告買受人。於其期限內。是否解除。買受人如於此項期限內。不解除契約。卽喪失其解除權。（三六一條）蓋授出賣人以催告權。使得催促其確定法律關係也。

C　解除與主物從物之關係　卽因主物有瑕疵。而解除契約者。其效力及於從物。（三六二條一項）蓋以從物常助主物之效用。（六八條）既不買主物。則從物亦無所用矣。但因從物有瑕疵者。買受人僅得就從物之部分爲解除。（三六二條二項）【註九】

D　解除與併同出賣之關係　卽以數物爲買賣之標的。而其中一物有瑕疵者。買受人僅得就有瑕疵之物爲解除。其以總價金將數物同時出賣者。買受人並得請求減少與瑕疵物相當之價額。但因有瑕疵之物與他物分離。而顯受損害者。當事人之任何一方。均得解除全部契約。（三六三條）【註十】

乙　買受人得請求減少價金　即買受人於發見瑕疵後。亦有不願解約者。然因有瑕疵。致買受人受損。不可不保護之。故許其比例瑕疵之程度。請求減少價金。〔註十一〕

〔註九〕例如購買船隻。僅錨不適用。則可退還其錨是。

〔註十〕例如成套家具。或成套機械。分離固無不可。但必至減損其價格者是。

〔註十一〕例如大木中空。不能作棟樑之用。固得解約。若意在改充器具材料。則可請求減價。仍予收買是。

特例

2　特例　必須限於特別情形。如得行使之方法也。

甲　買受人得請求不履行之損害賠償　此項權利。僅限於左列兩種情形。得行使之。

A　買賣之物。缺少出賣人所保證之品質。則買受人得行使之。以代解除契約及減少價金。（三六〇條前段）蓋有時買受人不欲解約。而減少價金。又嫌不易算

定。故宜使出賣人負較重之責。而許買受人有賠償請求權。【註十二】

B 出賣人隱匿瑕疵。故意不告知者。(三六〇條後段)蓋以出賣人。既有詐僞情形。自應使較重之責任。故許買受人有賠償請求權。

乙 買受人得請求另交同種之物 此項權利。僅限於買賣之物。原係以種類指定者。得行使之。即原交之物。如有瑕疵。則買受人得即時請求按原所指定之種類。另行交付無瑕疵之物。出賣人就此另行交付之物。仍負擔保責任。(三六四條)

【註十二】 例如買到大批磚瓦。其中有二成破損者。固得請求解約或減價。但工程需用甚急。勉予使用。而不足者。則以高價。另向他店補買。此項損害。自可請求賠償是。

物的瑕疵擔保之消滅

四 物的瑕疵擔保之消滅 買受人因物有瑕疵。而得解除契約。或請求減少價金者。其解除權或請求權。於物之交付後六個月間。因不行使而消滅。此項期間。德國學者多以非難期間稱之。蓋以買賣效力。久懸不定。非以求交易之安全。故設此期

間。以限制之。但出賣人故意不告知瑕疵者。不適用之。（三六五條）

第三項　擔保責任之特約

排除責任之特約

一　排除責任之特約　權利瑕疵擔保及物的瑕疵擔保之規定。僅於買賣當事人間無特約時。爲其準則規定而已。前經述明。故買賣當事人間。關於權利瑕疵擔保或物的瑕疵擔保。得以特約免除或限制之。（三六六條前段）其全然免除者。爲無擔保特約。但出賣人明知權利或物有瑕疵。希圖朦混。故意不告知買受人者。若猶許其免除或限制。實同獎勵詐僞。故在出賣人有此項惡意沈默之情形時。其特約爲無效。（三六六條後段）

此外尙有應注意之事項。

1　買受人於契約成立時。知權利有瑕疵。或物有瑕疵者。出賣人雖故意不告知。仍得免除其責任。（三五一條三五五條一項參照）蓋出賣人故意不告知瑕疵時。其特約爲無效者。在防出賣人隱匿事實。不告知買受人。而結利己之特約也。若買受人早知有

此事實。則毋庸更待告知。故仍得免除其責任。

2 出賣人是否惡意沈默。由買受人負舉證之責。

擔保債權買賣之特約

二 關於債權買賣之擔保　債權之出賣人。對於債務人之支付能力。原則上不負擔保責任。【註十三】須債權買賣當事人間。訂有特約時。出賣人始任擔保之責。(三五二條一項) 此外尚有應注意之事項。

【註十三】　債權價值之高低。因定於債務人資力之有無。若無支付能力。其債權買賣。自屬有名無實。但出賣人對於債權瑕疵之擔保。僅關於權利所屬(三四九條參照)及確保存在(三五〇條參照)而已。債務人資力之有無。既不在其內。且買賣富有投機性質。此項危險。亦應在買受人預計之中。故出賣人對於債務人之支付能力。原則上不負擔保責任。

1 擔保資力時期之推定　出賣人就債務人之支付能力。以特約負擔保責任者。推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力。(三五二條二項)蓋債務人之資力。變動無常。現在易知。將來難測。人之常情。多欲担保其易知。而規避其難測。故推測當事

人之意思。而設此項推定之規定。但關於擔保資力之時期。曾經約定者。仍從其約定。

2　担保之效果　出賣人如負此項擔保責任。則債務人不能支付之金額。應代為淸償。並應賠償買受人因此所受之損害。

第三款　買受人之義務權利

交付價金之義務

一　交付價金之義務　在買賣契約。買受人既約定支付價金。(三四五條一項)自應對於出賣人。有交付價金之義務。(三六七條)

價金之交付時期

1　交付時期　價金之交付時期。(一)法律另有規定。或當事人訂定確期。或交付地另有習慣。則或從其規定。或從其訂定。或從其習慣。(三六九條中段)(二)若無上述情形。則交付價金。應與交付標的物同時為之。(三六九條)蓋以同時履行。乃雙務契約當然之效果也。如當事人間僅定交付標的物期限。而未定交付價金期限

。則其期限。卽推定爲價金交付之期限。（三七〇條）蓋在普通交易情形。標的物與價金之交付。多同時爲之。先付價金。殊屬例外。故僅定交付標的物之期限。卽推定爲價金之交付期限。以求適合交易之情形。但僅定交付價金之期限。而未定交付標的物之期限。則其期限。不能卽推定爲標的物交付期限。蓋在普通交易情形。多信用買受人。許其緩付價金。不能卽以推定標的物之交付亦延期也。（三）當事人間未定交付價金時期。並未定交付標的物期限。又無其他規定或習慣。可資依從。則買受人得卽時交付。或應出賣人之請求而交付。（三一五條）蓋以爲卽時債務故也。

價金之交付處所

2　交付處所　交付價金。係金錢債務。據債權通則。（一）如法律另有規定。或當事人間另有訂定。或淸償地另有習慣。則或從其規定。或從其訂定。或從其習慣。（二）如無上述情形。則於債權人之住所地爲之。（三一四條）（三）以上二種交付處所。係專就交付標的物與交付價金不同時者言之。若標的物與價金。應同

時交付。則其價金應於標的物之交付處所交付之。（三七一條）蓋以應互相對交故也。

包皮重量之除去

3 包皮重量之除去　依重量計算價金之貨物。應否除去包皮，在當事人間。另有訂定。或履行地另有習慣。則從其訂定或習慣。若無此等情事。則應除去包皮之重量。計算價金。（三七二條）【註一】

【註一】　此項規定。原爲商法法規。蓋以商品買賣。常生應否除去包皮重量之問題。故規定於商法中。（德商三八〇條）但瑞債亦設此規定。無分民商。均得適用。（二一二條二項）我民法倣之。

受領標的物之義務

二　受領標的物之義務　出賣人固有交付標的物之義務。而買受人亦應同時有受領標的物之義務。（三六七條）故經出賣人合法提出而不受領時。買受人不僅陷於債權人之受領遲延。並陷於債務人之履行遲延。其結果如左。

1 出賣人得請求損害賠償（二三一條二三二條）或解除契約（二五四條）

2 出賣人得免因不履行所生之一切責任。（二三八條二五〇條參照）

3 出賣人之保管責任。因而減輕。即僅就故意或重大過失。負其責任。（二三七條參照）

4 出賣人得請求費用（送回費、保管費、提出費）之償還。（二四〇條參照）

5 出賣人得提存買賣標的物。（三二六條參照）以免除保管責任。倘係不動產。則得拋棄占有。而免除其保管責任。（二四一條一項參照）但提存或拋棄占有時。須通知買受人。（三二七條二項二四一條二項參照）

6 買賣標的物不適於提存。或有毀損滅失之虞。或提存需費過鉅者。出賣人得聲請清償地之初級法院拍賣。而提存其價金。（三三一條）如有市價者。該管法院得許可出賣人照市價出賣。而提存其價金。（三三二條）

受領義務之結果

買受人既有受領標的物之義務。故其結果如下。（一）關於受領標的物之費用。歸買受人負擔。（二）不動產權利之移轉。以登記爲要件。買受人既有受領移轉之義務。故關於登記之費用。亦歸買受人負擔。（三）運送標的物至清償地之費用。固由出賣人負擔。但送交清償地以外之費用。則由買受人負擔。（四）惟上述各項。僅係準則規定。如法律另有規定。或當事人間另有訂定。或履行地另有習慣。仍應

或依規定。或依訂定。或依習慣。不適用此項準則規定也。(三七八條)

保管之義務

三　保管之義務　買賣標的物。如有瑕疵。買受人固得拒絕受領。即予返還。但對於由他地送到之物。主張有瑕疵。不願受領者。不得即予拒絕。有暫爲保管之責。(三五八條一項)　此項保管義務。係屬暫時。應繼續至出賣人自得保管時爲止。學者多以買受人之保管義務稱之。【註一】

1　買受人負保管義務之情形　買賣有同地買賣與異地買賣之分。此項保管義務之規定。僅適用於異地買賣。若係同地買賣。則買受人無暫爲保管之責。又雖係異地買賣。而出賣人於受領地有代理人者。亦與同地買賣無異。必須出賣人於受領地無代理人。買受人始有暫爲保管之責。【註二註三】

2　變賣標的物之情形　由他地送到之物。易於敗壞不宜保管者。買受人得變賣之。如爲出賣人之利益。有必要時。並有變賣之義務。其變賣時。應依左列要件。(三五八條三項四項)

甲　須經物之所在地官署商會或公證人之許可。始得變賣。

乙　買受人爲變賣後。應從速通知出賣人。如怠於通知。應負損害賠償之責。

丙　變賣所得價金。應由買受人保管之。

【註一】關於買主保管義務之規定。蓋自德國系商法。並僅適用於商人間買賣。（德商三七九條）瑞士債務法。始規定於普通私法中。無分民商。一體適用。（瑞債三七九條）我國民法亦然。

【註二】出賣人與買受人。其住所或營業所。在同一地方者。謂之同地買賣。不在同一地方者。謂之異地買賣。在同地買賣。出賣人易於自行保管。又出賣人於受領地有代理人者。其情形亦同。故買受人無代爲保管之必要。

【註三】德商規定由他地送來之商品。買受人始有暫爲保管之義務。（德商三七九條）日商規定買受人與出賣人。其營業所或住所。在同一市町村內者。不適用保管義務之規定。（日商二八九條三項）瑞士債務法。規定出賣人於受領地無代理人時。買受人始有暫爲保管之義務。（瑞債二〇四條）要之均僅適用於異地買賣。而不適用於同地買賣也。

價金支付拒絕權

四　價金支付拒絕權　買受人支付價金。以由出賣人完全取得權利爲互換要件。故其買受之權利。有不確實之虞時。則得拒絕支付價金。（三六八條）此外尚得依同時履行抗辯之規定。拒絕支付價金。（二六四條二六五條）自不待言。

1　買受人恐第三人主張權利。致失其因買賣契約所得權利之全部或一部者。得視危險限度。拒絕支付價金之全部或一部。所謂追奪迫害之抗辯是也。第三人權利之主張。不問物權債權。苟足失買受權利之全部或一部者皆是。所謂恐者。指客觀的實有足信其將罹追奪危險之正當理由。若無謂之杞憂。不得爲抗辯之根據。果否足恐。係事實問題。

追奪迫害之抗辯。蓋恐追奪受損。而保買受人利益。若出賣人對於恐因追奪所生之損失。已提出相當之擔保者。買受人即不得拒絕支付價金。

【註四】　如甲有土地價值萬元。因曾設定地上權。僅值八千元。乙誤信爲無地上權。以萬元買之。則可祇給八千元。此關於物權之例也。又如甲有房屋。價值千元。因已租賃。僅值九百元。乙誤

信爲未曾出貸。遂以千元買之。則可祗給九百元。此關於債權之例也。

2 買受人拒絕支付價金時。出賣人得請求買受人提存價金。蓋拒絕支付價金。原以保買受人之利益。但將來有無資力。足以支付。不得不預爲之防。而安出賣人之心。故使得請求提存價金。

第四節 買回（三七九條以下德民四九七條以下法民一六五九條以下瑞債二一六條奥民一〇六八條日民五七九條以下）

第一款 總說

一 買回制度 出賣人保留在一定期限內。再買回其已賣標的物之權利者。此之謂買回制度。出賣人對於已賣之標的物。如欲日後收回。則得依種種方法。滿足其希望焉。【註一】

1 買賣當事人於買賣當時或其後。對於已賣標的物。訂立再買賣之預約。將來

據此預約。再締結本契約。以買回其原物。

2 出賣人於買賣當時或其後。對於已賣標的物。保留以自己一方的表意而成立再買賣契約之權利。

3 買賣當事人於買賣契約。附以買回之解除條件。

4 出賣人於買賣當時。隨同訂立保留解除權之契約。

5 買賣當事人。於買賣當時。隨同訂立再買賣之契約。而以出賣人之買回表意。爲其停止條件。

6 使買受人於買賣當時。留存准予買回之要約。

【註一】 德民四九七條。規定出賣人於買賣契約。保留買回權者。出賣人對於買受人。表示行使買回權之意思時。其買回即行成立云云。按其性質。所謂買回。係爲有再買賣之契約。並非溯來買賣契約之解除。已無疑義。但所謂再買賣之契約。是否本契約。抑或尚係預約。不無爭論。其民一〇六八條之解釋。同乎德民。我國民法三七九條之規定亦然。瑞士債務法。則規定約定買回。或以

本契約。或以預約。均無不可。（瑞債二一六條一項參照）法民一六五九條。雖明定買回爲出賣人保留買回權利之契約。然從來舊說。倘多解爲保留解除權之契約。日民五七九條規定出賣人得依買賣當時所訂買回特約。而爲原來買賣之解除。故其解釋，以保留解除權爲通說。

買回認許之理由

二　買回認許之理由　物之所有人。因一時處境窘迫。固不得不變價出賣。以應急需。然亦有永遠捨棄。情所不甘。日後倘有餘裕。尚欲備價收回。不動產之抵押。動產之出質。固亦足以籌措現款。而復易於收回。然所得現款。較出賣爲少。故法律設買回制度。使出賣人得籌措現款。而復可收回。但所有人之地位。尚未確定。輾轉流通。勢所難能。在不動產。尤少改良之望。由經濟上觀之。殊多弊害。且在我國民法。旣認有典權。（九一一條至九二七條）凡不動產所有人。欲籌措現款。而不願永遠捨棄者。尚可出典。非必專適用買回之制度。至於動產。在普通買賣。多消費物。勢難買回。即非消費物。除貴重物品古董字畫外。其使用效用。多不久遠。不適收回。故動產之出賣。罕有訂立買回之契約也。

我民法上買回之性質

買回係再買賣契約

三　我民法上買回之性質（三七九條）

1　買回係以出賣人買回表意爲停止條件之再買賣契約　蓋買賣當事人。於訂立買賣契約時。隨同訂立再買賣契約。俾出賣人。於一定期限內。得表示買回之意思。而買回其原已出賣之標的物。此項再買賣契約之成立。固在隨同訂立之時。但附有出賣人買回表意之停止條件。限制其效力之發生。出賣人不表示其買回之意思。則條件不成就。其效力卽無從發生。苟出賣人於一定期限內。表示其買回之意思。則條件成就。而再買賣契約。卽發生效力。其當事人。亦應履行該契約所生之債務。故謂買回。係以出賣人買回表意。爲停止條件之再買賣契約。【註二】

買回權

二　其得由出賣人表示買回之意思。而使再買賣契約發生效力之權利。斯爲買回權。

【註二】　我民法三七九條所定買回之意義。與德民四九七條。大致相同。將來解釋。其不免爭論。亦與德國相同。必有採再買賣之預約說者。但預約爲約定締結本契約之契約。僅使當事人負擔將

必須爲訂立本契約表意之債務。其預約權利人一方。雖表示締結本契約之意思。而本契約尚難成立。必須預約義務人。協同表意。其本契約始得成立。倘預約義務人。不爲此項協同表意。則預約權利人。僅得訴請表意。締結本契約。必須俟本契約締結後。始得再訴請本契約之履行。程序迂迴。不切實情。故本書採附有停止條件之再買賣契約說。

買回契約之時期

2 買回之再買賣契約須與買賣契約同時爲之　買回之再買賣契約。須於訂立買賣契約時。隨同訂立。蓋買賣當時。出賣人感覺將來有買回之必要。始許其附訂此種買回之契約也。若絕賣之後。更欲買回。徒生糾轕。殊鮮理由。且買回契約。在經濟上。頗有弊害。亦宜縮小其範圍也。

買回契約之價金

3 買回之再買賣契約其價金以返還原買賣之價金爲原則　買回之再買賣契約。於買回價金。未經約明數額者。則出賣人得返還其原所受領之價金。以充作買回價金。而買回其標的物。但關於買回之價金。另有特約者。從其特約。

買回不以不動產爲限

4 買回之再買賣契約　不限於不動產　考各立法例。其買回有僅限於不動產者

。蓋以動產在實際上。多無買回之必要。且不動產買回契約。得藉登記方法。對抗第三人。而動產則別無公示之方法。故不認動產之買回。【註三】但我國民法。並無此項限制。無論不動產動產。均得訂立買回之再買賣契約。【註四】其不動產之買回契約。亦不得藉登記以對抗第三人。故買回契約。純為債的關係。僅有對人的效力。嗣後該不動產雖移轉於第三人。而買回人僅得向原買受人。據約請求。不得向第三人主張也。【註五】

【註三】日民（五七九條五八一條）奧民（一〇七〇條）瑞債（二一六條）等。其買回均以不動產為限。

【註四】德民（四九七條）法民（一六五九條）等。其買回均不限於不動產。德民之規定。尤與我民法相同。

【註五】考日民法。買回特約。與買賣契約。同時登記者。買回對於第三人。亦生其效力。（日民五八一條一項）此項規定。乃以買回。僅有債權的效力。因使由登記而取得物權的效力。嗣後無

論對於何人。均得主張買回權。但我民法與日民不同。既無此項規定。自不得採同一之解釋也。

買回權之性質

5 買回權之性質　買回之再買賣契約。在發生買賣之效力。其爲債權契約。甚爲顯然。而其契約上之權義。得以承繼。亦毫無疑義。故原買賣契約當事人之繼承人。亦得爲買回契約之當事人也。

第二款　買回期限

買回期限

買回在經濟上。既多弊害。故法律對於買回權之行使。特限定其期限。務以縮小其弊害之範圍。

法定期限

一　法定期限　我民法規定買回之期限。不得超過五年。(三八〇條前段)此爲買回權行使之法定期限。買賣當事人。於買回之再買賣契約。未定買回期限者。應自原買賣契約成立後五年內。行使買回權。倘逾期尚未行使。則買回權卽行消滅。而成爲絕賣一。

約定期限

二　約定期限　買賣當事人於買回之再買賣契約。明定買回期限者。此爲約定期限。其約定期限。較法定期限爲短者。從其約定。如較長者。則短縮爲五年。（三八〇條後段）蓋此項法定期限。乃公益規定。不容當事人違背也。

債編施行前之期限

三　債編施行前之期限　民法債編施行前所定買回契約。定有期限者。依其期限。但其殘餘期限。自施行日起算。較民法第三百八十條所定期限爲長者。應自施行日起。適用民法第三百八十條之規定。縮短爲五年。如買回契約未定期限者。自施行日起。不得逾五年。（民法債編施行法一二條）

第三款　買回之效力

買回之效力

買回係以出賣人買回表意。爲停止條件之再買賣契約。前經述明。出賣人在一定期限內。苟表示買回之意思。則條件成就。而發生效力。該買回契約。旣係再買賣契約。則其所生效力。自應與普通買賣之效力無異。但法律尙設有特別規定。玆述

於左。

一　原出賣人（買回人）之義務（即原買受人之權利）　在買回之再買賣契約。原買賣契約之出賣人。即買回契約之買受人。我民法以買回人稱之。凡關於買受人義務所設規定。除性質牴觸或另有特別規定外。均應適用之。

買回人之義務

1　支付買回價金之義務　買回人依買回之買賣契約。應負支付價金之義務。（三四五條參照）在外國立法例中。恐藉買回價金之約定。而規避高利之禁令。有規定以返還原買賣所受領之價金。充作買回之價金者。【註五】我民法雖亦以為原則。但另有特約者。從其特約。（三七九條一項二項）【註六】至於原價金之利息。則與原買受人就標的物所得之利益。視為互相抵銷。（同條三項）毋庸返還。

【註五】日民（五七九條）法民（一六五九條）。均規定僅可返還原價。不得逾其範圍。

【註六】德民之規定。（四九七條二項）與我民同。

2　償還原買賣費用之義務　原買賣費用。由原買受人支出者。買回人應與買回

價金。連同償還之。（三八一條）【註七】

【註七】此項規定。係倣日民。（五七九條）日民所以如此規定者。蓋以日民關於買回之性質。係採保留解除權說。其買回乃解除原買賣契約。回復原狀。故原買賣費用。必須償還。期以回復結約前之原狀。原價金之利息。與原買受人就標的物所得之利益。據此理由。本亦應互相返還。係因便宜。視爲互相抵銷而已。至於我民法。關於買回之性質。同乎德民。與日民迥異。而亦設此規定。頗難索解。

3 負擔買回費用之義務　買回之費用。概由買回人負擔之。蓋以買回人因此特受利益故也。

4 償還改良費及有益費之義務　原買受人爲改良標的物所支出之費用。及其他有益費用。而增加價值者。買回人應償還之。但以現存之增價額爲限。（三八二條）蓋買受人既因此等費用之支出。享受增價之利益　自應償還。以期平允。

原買受人之義務

二　原買受人之義務（即買回人之權利）　在買回之再買賣契約。原買賣契約之買

受人。即買回契約之出賣人。凡關於普通出賣人義務所設規定。除另有特別規定外。均應適用之。

1　交付原標的物之義務　原買受人既爲買回之出賣人。依買回之買賣契約。自應負交付標的物之義務。(三四八條一項參照)故對於買回人。負交付標的物及其附屬物之義務。(三八三條一項)所謂標的物。指原出賣之標的物而言。故交付標的物。即爲交還原標的物。所謂附屬物。即常助標的物之用。而附屬之者。此則不以原有者爲限。嗣後增加者。亦應交付。蓋以買回人。須償還其所支付之改良費及有益費故也。

2　不履行之損害賠償責任　原買受人既有交付原標的物之義務。故原買受人違反此項注意而有故意過失。將原標的物全部滅失。或曾經處分。(如自己之任意處分、以及民事執行或破產管財人之處分等是)【註八】或其他事由。以致不能交付時。又或因故意過失。致原標的物顯有變更時。【註九】則買回人因此所受之損害。原買受人。須負賠償之責。(三八三條二項)

之。則爲有償委任契約。

第二款　代辦權之代理範圍

代辦權對外範圍以內部處理範圍爲標準

一　處理範圍與代理範圍　代辦商對於第三人之關係。就其所代辦之事務。視爲其有代商業主體爲行爲之權。（五五八條二項參照）即代辦商在所受委託之範圍內。視爲享有代理權。故代辦權之對外代理範圍。以其內部處理範圍爲標準。此即代辦權對外代理範圍之輪廓問題。

代理之內容及其限制

二　對外代理之內容範圍　代辦商在其處理範圍內。凡因達到代辦事務之目的。其必要之一切行爲。均得代商業主體爲之。（五五八條二項後段參照）惟負擔票據上債務之行爲。或消費借貸行爲。或訴訟行爲。非經商業主體以書面特別授權。代辦商不得爲之。（五五八條三項）

第三款　代辦商之權利義務

代辦商之權義

代辦商與商業主體之間。既爲委任關係。除契約另有訂定及法律另有規定外。自可適用委任之規定。又雙方均係商業主體。則商人間留置權之規定。(九二九條)自亦適用。茲僅就法律關於代辦商所設特別規定。分別說明之。

報告義務

一　報告之義務　代辦商就其代辦之事務。應隨時報告其處所或區域之商業狀況於其商號。(即商業主體)並應將其所爲之交易。即時報告之。(五五九條並參照德商八四條二項)

競爭營業禁止義務

二　競爭業禁止義務　代辦商之此項義務。與經理人所負競爭業禁止義務無異。(五六二條五六三條)前經述明。茲不再贅。

報酬請求權

三　報酬請求權　代辦商之報酬。或爲定額報酬。或爲交易佣錢。(Commission)或於定額報酬外。更付交易佣錢。以及營業費用。能否請求償還。原依代辦商契約之所定。無約定者。依當地習慣。若無約定。亦無習慣者。依其代辦事務之重要程度

之買受人爲承認之通知時。買賣契約所附條件。卽行成就。而變爲無條件之買賣。發生普通買賣之效力矣。至於買受人若不明白表意。則依左列標準。以決定之。

甲　標的物曾經試驗而未交付者　當事人關於承認之表意。訂有約定期限。若買受人於此期限內。未就標的物爲承認之表示。視爲拒絕。其無約定期限者。出賣人得定相當期限。催告買受人是否承認。若買受人於此相當期限內。未爲承認之表示。亦視爲拒絕。（三八六條）

乙　標的物因試驗已交付於買受人者　標的物因試驗而交付於買受人。自與通常交付買賣標的物有別。仍屬出賣人所有。僅移轉其占有而已。若買受人不交還其物。則視爲承認。又買受人於此情形。在約定期限。或出賣人因催告所定之相當期限內。不爲拒絕之表示者。亦視爲承認。（三八七條一項）

丙　已付價金或爲試驗外之行爲者　買受人於試驗後。已支付價金之全部或一

部。又或就標的物。爲非試驗所必要之行爲者。即已行使契約所得權利之行爲者。視爲承認。(三八七條二項)

4 其他有償契約之準用　其他試驗租賃、試驗雇傭、試驗承攬等契約。亦得準用試驗買賣之規定。(三四七條參照)

貨樣買賣

二 貨樣買賣(三八八條德民四九四條瑞債二二二條俄民二〇一條)

1 貨樣買賣之意義　貨樣買賣者。謂依貨樣而定買賣標的物之買賣契約也。此項契約。固多爲不特定物之給付。但特定物之給付。亦非絕無。【註一】凡按照貨樣。約定買賣契約者。即視爲出賣人擔保其交付之標的物。與貨樣有同一之品質。(三八八條)若交付之標的物。與貨樣不符。出賣人即應負物的瑕疵擔保之責。(三五四條二項參照)故買受人得解除其契約。或請求減少其價金。(三五九條參照)又或得請求交付與貨樣相符之物。(二二七條並參照三六四條)

【註一】例如約定按照貨樣。交米千包。則爲不特定物之給付。而出賣存米千包之倉單。並約明

所存之米。均與此貨樣相符。則爲特定物之給付。

2 舉證責任 我國民法。關於貨樣買賣之舉證責任。別無規定。【註二】故買賣是否貨樣買賣。應解爲由買受人負舉證之責。蓋以買受人請求按貨樣買賣履行故也。至其履行。是否按照契約。即所交付之物。是否與貨樣相符。應解爲由出賣人負舉證之責。蓋以出賣人須依債務之本旨而履行故也。(三〇九條前段參照)

【註二】 瑞債關於舉證責任。曾詳爲規定。(瑞債二二二條)

分期付價之買賣

三 分期付價之買賣(三八九條三九〇條瑞債二二六條至二二八條)

1 分期付價買賣之意義 分期付價之買賣者。謂附有分期支付價金約款之買賣契約也。其標的物常於訂立買賣契約後。即行交付。而價金則約定嗣後分月支付。或分年支付。每屆定期。支付一部。【註三】故出賣人爲豫防損失之危險計。或約索高價。或附加失權約款。期限利益喪失約款也。

【註三】 此項買賣之標的物。多爲動產。例如購買家具、裁縫機器而約明分期付價是。又有所謂

家具租賃買賣。前者即租用家具。並約明付租金若干年後。即取得所有權是。後者即由建築公司。出資蓋房。租與居住。並約明付租金若干年後。即取得所有權是。此等契約。名為租賃。而實等於分期付價之買賣。自可準用分期付價買賣之規定。

2　苛刻約款之制止　在分期付價之買賣。其出賣人多為富商或專門家。而買受人則多係貧弱階級。又缺乏經驗。易受出賣人之欺壓。甘受其苛刻之約款。故民法設左列規定。制止其苛刻約款。以保護經濟上之弱者。即買受人。（註四）

甲　期限利益喪失約款之制止　分期付價之買賣。其出賣人多附加約款。約定買受人付價。如有一期遲延。即得請求支付全部價金。學者以期限利益喪失約款稱之。此項約款。殊屬苛刻。蓋分期付價。原經多索價金。而復全部請求。益使更受苦痛。故民法嚴予制止。縱令附有此項約款。而在通常遲延時。出賣人仍不得請求支付全部價金。僅在重大遲延時。即買受人之付價連續遲延兩期。而其遲付之價額。已達全部價金五分之一者。始得請求支付全部價金耳。

（三八九條）

乙　失權約款之制止　分期付價之買賣。其出賣人多附加約款。約定買受人付價。如有一期遲延。即得解除契約。請求返還標的物。而以前各期所受領之價金。則得扣留。不予返還。學者以失權約款稱之。此項約款。亦甚苛刻。故民法亦嚴予制止。即附有此項款時。買受人付價。如有遲延。出賣人固仍得解除契約。請求返還標的物。而以前各期所受領之價金。則應予返還。不得扣留。但標的物使用之代價。及標的物受有損害時之賠償額。在出賣人。亦應請求。自得由應返還之價金中。扣留此等數額也。（三九〇條）

【註四】　我國規定於民法中。瑞士亦規定於債務中。但德奧等國。則以特別法規定之。（德國一八九四年之法律奧國一八九六年之法律法國一九〇〇年之法律）至於日本。尚無此項規定。

四　拍賣（三九一條至三九七條瑞債二二九條至二三六條德民一五六條）

1　拍賣之意義　拍賣者。謂以競爭出價。而定價金之方法。所訂立之買賣契約

也。申言之卽欲將買賣標的物。付諸拍賣之拍賣人。先爲拍賣之表示。於是有多數之應買人。彼此競爭。各出高價。拍賣人乃就其中。擇定出價最高之應買人。爲買受人。與之締結買賣契約也。學者以競爭締結稱之。【註五】故拍賣僅爲買賣契約締結之方法。依此方法訂立之買賣契約。與依通常方法訂立之買賣契約。其性質別無所異。僅其締結方法不同而已。

【註五】　競爭締結者。卽締結人先爲欲依競爭方法締結契約之意思表示。於是多數之競爭人出。彼此競爭。締結人乃就其中。選擇提出最有利條件之人。與之締結契約也。故競爭締結。爲締結契約之方法。大別爲二。卽拍賣及投標是也。在前者提出條件。彼此知之。故提出之後。得更提出有利條件。以變更之。而在後者則提出條件。彼此不知。故無變更之機會。我國民法關於拍賣。已設規定。而投標則無規定。

2　拍賣之種類　大別爲二。卽強制拍賣與任意拍賣是也。前者本於一定原因。由公共機關執行之。此則規定於民事執行法令或其他特別法中。（參照我國民事訴訟執行規則二六條至

四五條又六一條至七九條）後者乃私人依競爭結締之方法所爲之拍賣也。此則適用民法中拍賣之規定。【註六】

【註六】　瑞士債務法。其所定拍賣。頗有強制拍賣之規定。但我民法。無此明文規定。自難取同一之解釋。

3　拍賣人之拍賣表示　凡拍賣必由拍賣人。先爲欲拍賣之表示。此項表示。爲要約之勸誘。【註七】通常多列舉拍賣之日期、處所、及標的物而公告之。並或有自定最低價或最高價。以示出價之標準。

【註七】　在日本民法。關於拍賣表示。是否要約之勸誘。抑爲要約。頗有爭議。但在我民法。則因有第三百九十一條之規定。當然爲要約之勸誘。不生爭議。蓋該條規定買賣契約。因拍賣人之賣定表示而成立。則拍賣人之拍賣表示。爲要約之勸誘。應買人之應買表示爲要約。拍賣人之賣定表示爲承諾。彰彰明甚。德民瑞債之規定亦同。（德民一五六條瑞債二二九條）

4　應買人之應買表示　拍賣人爲拍賣表示後。應買人爭出高價。而爲應買之表

示。此項應買表示。即爲要約。應買人應受其拘束。不得撤回。蓋拍賣乃就多數要約中。選擇其出價最高者。締結契約。若即時失效。無以達競爭締結之目的。故對於第一百五十六條。設例外規定。使其要約之拘束力。應繼續也。但自有出價較高之應買。或拍賣人撤回拍賣物。而停止拍賣時。即失其拘束力。(三九五條)

5　拍賣人之賣定表示即拍定　多數應買人。爲應買之表示後。拍賣人除拍賣之委任人。有反對之意思表示外。得就其中選擇出價最高之應買人。爲賣定之表示。其表示方法。以拍板或其他慣用方法行之。此項賣定表示。即爲承諾。一經表示。而買賣契約。即行成立。該應買人。即爲買受人矣。蓋以對於應買人之要約。已予以承諾。(三九一條 三九三條)學者以其表示。多以拍板行之。故稱爲拍定。

6　拍賣之撤回　拍賣人之賣定表示。既爲承諾性質。則對於應買人之要約。予以承諾與否。概屬自由。故拍賣人對於應買人所出最高之價。認爲不足者。得不爲賣定之表示。而撤回其物。以停止拍賣。(三九四條)

7　拍賣人操縱競爭之禁止　即拍賣人對於其所經管之拍賣。不得應買。亦不得使他人爲其應買。（三九二條）

8　拍賣價金之卽付　拍賣之買受人。應於拍賣成立時。或拍賣公告內所定之時。以現金支付買價。（三九六條）否則受再拍賣之制裁。

9　再拍賣　拍賣之買受人。如不按時支付價金者。拍賣人得解除契約。將其物再行拍賣。此之謂再拍賣。在此情形。再拍賣所得利益。如少於原拍賣之價金及費用者。原買受人應賠償其差額。（三九七條）又不得再加入應買。自不待言。

新拍賣與再拍賣。不可混同。新拍賣者。謂因前拍賣程序未得結果。復從新拍賣也。所謂未得結果者。如拍賣日期無出價在低價以上者。或雖出有最高之價。而猶認爲不足。經撤回其物者。或應買人之應買。欠缺法定要件。以致無效者等是也。至於再拍賣。則前拍賣程序。業已得其結果。不過因買受人不履行義務。而再行拍賣也。故前者乃未得結果拍賣之更新者。後者則已了結拍賣之再施也。

投標

五　投標　投標云者。謂以投標方法。而訂立買賣或其他有償契約也。（例如承攬契約是）申言之。卽欲以投標方法而締結契約者。必先爲招標之表示。此項表示。爲要約之勸誘。而爲此表示者。稱爲招標人。於是多數之競爭人。各提出有利之條件。而爲投標之表示。此項表示。卽爲要約。而爲此表示者。稱爲投標人。招標人乃於多數投標人中。選定一人。爲定標之表示。此項表示。斯爲承諾。一經爲定標之表示。而契約卽行成立。該被選定之投標人。亦卽稱爲中標人矣。其與拍賣。固同爲競爭締結之方法。但不無差異。卽（1）拍賣應買人所提出之條件。彼此均知。得更提出較利之條件。迭相競爭。而投標投標人所提出之條件。彼此不知。無由迭相競爭。（2）拍賣應買人所爲應買之表示。自有出價較高之應買時。卽失其拘束力。而投標投標人所爲投標之表示。雖有條件較利之投標。仍存續其拘束力。（3）拍賣在原則上應拍歸出價較高之人。而投標之定標。則應斟酌投標人之信用資力等情事。非或專限於最利之條件。故有時或選定條件較爲不利之投標人。以爲中標人。

與之結約也。

繼續的供給契約

六　繼續的供給契約　繼續的供給契約者。謂當事人。一方約於一定或不定之期限向他方供給一定種類、品質之物品。他方約付價金之契約。其供給之標的。如在移轉財產權。自係一種買賣契約。如牛乳、自來火、日報等之供給契約是。

繼續的供給契約。為一個契約。非數個契約之併合。其中一部之不履行。即為全契約之不履行。倘有此項情事。則買受人得依確定期買賣不履行（二二五條）及債務不履行之規定。（二二六條二二七條二五四條二五六條參照）解除全部契約。又各當事人得以他方當事人前期未為對待給付之理由。而拒絕自己後期之給付。（二六四條）

現金買賣賒欠買賣及前金買賣

七　現金買賣、賒欠買賣及前金買賣　現金買賣者。謂標的物與價金同時交付之買賣也。賒欠買賣者。謂先交標的物而後付價金之買賣也。前金買賣者。謂先付價金而後交標的物之買賣也。

第二章　互易（民三九八條三九九條德民五一五條瑞債二三七條二三八條法民一七〇二條一七〇七條日民五八六條俄民二〇六條二〇七條）

交易之中。發生最早者。首推互易。蓋在實物經濟時代。恆以互易爲唯一交易方法也。及貨幣肇興。其勢頓衰。故近世法律。關於互易。規定極簡。

一　互易之性質　互易云者。謂當事人雙方。約定互相移轉金錢以外財產權之契約也。（三九八條前段）

互易與買賣不同之點

互易與買賣不同者。僅在其給付之內容而已。卽買賣一方之給付。必係金錢。而互易雙方之給付須均係金錢以外之財產權也。至其他性質。則與買賣無異。【註一】

【註一】在羅馬法。固曾以互易爲要物契約。必須一方已實行給付其契約。始認爲成立。但近世法律。均認爲諾成契約矣。

互易準用出賣人之規定

二　互易之效力　互易爲雙務契約。並係有償契約。同乎買賣。故使準用關於買賣之規定。（三九八條後段）申言之。卽互易之雙方當事人。均與出賣人。立於同一之地位。

故關於擔保責任及其他出賣人義務之規定。均準用於互易也。

補足金

三　附有補足金之互易　交易之際。當事人一方所給付。與他方所給付。其價值多不相等。有由當事人一方約定更交付金錢。以補充差額者。謂之補足金。此種契約。仍爲互易。【註二】惟其金錢部分。準用關於買賣價金之規定。（三九九條）

【註二】附有補足金之互易。有主張爲買賣者。有主張爲互易者。有主張爲混合契約者。論其性質。固以混合契約說爲宜。但我民法已規定於互易。自應認爲仍屬互易也。

第三章　交互計算（三九八條至四〇五條德商三五五條至三五七條日商二九一條至二九六條瑞債一一七條）

第一節　總說

交互計算

一　交互計算之必要　信用發達之社會。彼此交易。鮮以現金。故不問商人間。普通人間。其互爲交易。必生債權債務之關係。交易頻繁。則其關係益增。然其多數之債權債務關係。每及淸償期。若雙方須一一現金結算。則不僅生無益之手續、費

用、及危險。且有固定資本。不能生產之嫌。故近世社會。雙方之債權債務關係。不必一一分別交付現金。而於一定期間。停止其作用。至其期間之終末。則結算總額。互相抵銷。僅支付其差額。以省手續。節費用。預防危險。活動資金。此卽交互計算所由生也。

一　交互計算之沿革　交互計算之制度。實發源於中古意大利。然當時法律。尙無規定。至德舊商法。始設一條規定。該國新商法。亦僅有三條。並未成章。(三五五條至三五七條)規定較詳。特別成章者。則爲日本商法、意大利商法、葡萄牙商法等。我國亦規定較詳。特別成章。並編入民法中。無分民商。均適用矣。瑞士雖規定於債務法中。但僅有一條耳。(七一七條)

第二節　交互計算之概念

交互計算之定義

交互計算云者。謂當事人約定以其相互間之交易所生之債權債務。定期計算。就

其總額。互相抵銷。而僅支付其差額之契約也。（四〇條）茲分晰說明之於左。

一　一般人間　故交互計算之契約。無論在普通人間。或商人間。又或商人與普通人間。均得締結也。【註一】

【註一】　交互計算締結之範圍。其主義有三。（1）一般主義。謂交互計算。乃所以省手續。節費用。有利於世。故一般人。均應適用。我民及瑞債採之。（2）商事主義。謂商事重信用。尙簡易。故苟關於商事。無論何人。均得爲交互計算。意商西商採之。（3）商人主義。謂限於商人。始得爲之。此種主義。又分爲一方商人主義及兩方商人主義。前者謂當事人兩方。均須商人。蓋恐一方若非商人。則殊多不便。且易受欺。德舊商採之。後者謂僅當事人一方須爲商人。蓋以他方雖非商人。既結此契約。必有相當之設備與智識。不至有不便與受欺之弊。德新商日商採之。

二　互爲交易　故交互計算之當事人。須互爲交易。且其關係。須可互生債權債務者。故偶爾交易者間。與均以現金交易者間。以及僅於當事人一方可生債務者間。交互計算之契約。固無由以成立也。

三　債權債務　交互計算之債權債務。應限於金錢債務。此於法文。固未明示。然當事人間之債權債務。有同種標的。而常適於相抵銷者。事實上於金錢債務以外。不能想像也。（三三四條參照）

四　一定期限　交互計算之抵銷期限。固由當事人自由約定。若無特約。則其期限爲六個月。（四〇二條）【註二】

【註二】德商爲一年。日商爲六個月。

五　債權債務之抵銷及其差額支付　蓋交互計算之目的。在就一定期間內交易所生債權債務。合併計算。就其總額。以行抵銷。而支付其差額也。

交互計算之性質

六　交互計算之性質　交互計算爲一種契約。業經明定。自不容疑。且無須特別方式。僅由當事人之合意而成立。故爲諾成契約。又民法付與名稱。特設規定。自係有名契約、【註三】

【註三】交互計算之性質。爭論頗多。有主張更改說者。謂交互計算。乃消滅多數之舊債權債務

。而發生支付差額新債務之契約也。但更改必有變更債務之要件。即須變更當事人及標的是也。此交互計算。其消極的方面。僅停止各債權債務之作用。而積極的方面之支付差額。亦非變更其標的。故不足採。又有主張抵銷說者。謂交互計算。乃約爲抵銷之契約也。但交互計算。積極的方面。固有抵銷效力。而消極的方面。則僅停止債權債務之作用而已。此說亦不足採。要之交互計算。有消極的積極的兩方效力。並由民法付與名稱。特設規定。自係民法中一種有名契約。此外德日商法學者所主張之特別契約說。其內容固無不當。但在我民法。既爲有名契約。自不再以有名契約中。無所歸屬。而稱爲特別契約也。

第三節　交互計算之效力

交互計算之效力

交互計算之效力。有消極的積極的兩方面。前者乃以各債權債務。記入計算中。一時停止其作用。後者乃計算行爲。即將記入之各債權債務。分別總結。就其總額。互相抵銷。並算定差額。而支付之。茲逐次說明之。

記入計算中

一　記入計算中之效力　至所謂記入計算中者。乃一定期限內之各債權債務。不分別實行。惟以爲交互計算上一項目。而記入於交互計算中之謂也。其記入之效果。約分爲二。

1　記入之效果。在一時停止債權債務之作用。故其結果又如左。

甲　債權人不得請求履行。故時效不進行。（一二八條參照）

乙　債務人不得爲其履行。故不負遲延之責。（二二九條二三〇條參照）

丙　各債權債務既爲計算中之一項目不得各別抵銷。並不得與交互計算外之債權債務相抵銷。又各債權不得轉讓。並不得以爲質權之標的。（九〇〇條參照）

2　夫各債權債務雖由記入計算中。停止其作用。然此乃交互計算契約應生之效力。仍不失其獨立之存在也。故其結果又如左。

甲　擔保各債權之各擔保。以及各債權保證人之責任。仍不失其效力。

乙　將各債權之原附利息者。應仍其舊。原未附利息者。得約定自記入之時起。

附加利息。蓋以清償既經延期。故無妨各生其利息。(四〇四條一項)

3　債權債務之除去。應記入交互計算中債權債務之範圍。由當事人自由定之。苟已確定。則範圍內之債權債務。應即記入。不得任意除去。但匯票、本票、支票、及其他流通證券。記入交互計算中者。如證券之債務人不爲清償時。當事人得將該記入之項目除去之。(四〇一條)【註一】

【註一】　所謂將票據及其他流通證券。記入交互計算中者。言關於票據及其他流通證券之授受。將其對價之債務。記入交互計算中也。例如乙以九百五十元。自甲購入千元匯票一紙。此購買匯票對價之九百五十元。在乙並未付現。僅作爲債務之一項目。而記入交互計算中。嗣後匯票到期。付款人若拒絕付款。則乙得塗消該項目是。蓋自己並未享受實益。而徒增債務額數。故使得除去。以期公允。

計算行爲

二　計算行爲之效力　計算行爲者。謂至交互計算之終末。各當事人均各截止記入。將各債權債務。分別總結。就其總額。互相抵銷。【註二】算出差額。而支付之也

。其計算方法。或就計算書。會同結算。或送計算書。以經承認。要之計算行爲。乃交互計算當事人。就合併計算之同一目的。所爲之共同行爲。（或稱爲協定行爲又或稱爲合同行爲）須有合意。始得成立。此項合意。稱爲承認。至承認之性質。乃就各債權債務及計算。承認其正確。並無更改之效力。其由抵銷所生之差額。乃前債權債務總額之一部殘餘。亦非新生之債務也。【註三】故其結果如左。

1 當事人在計算成立前。對於各項目。固得述異議。【註四】而計算一經成立。卽不得就各項目。再述異議。蓋以由承認而拋棄異議權也。惟承認亦係意思表示。倘其本身有意思欠缺及瑕疵。仍得主張無效或撤銷之。但自計算後經過一年。不得請求除去或改正。（四〇五條）

2 由抵銷所生之差額。旣爲前債權債務總額互相抵銷之一部殘餘。故記入交互計算。編爲項目各債權之物的擔保。及其保證人之保證責任。應仍於算定差額及該債權之範圍內。擔保差額。【註五】蓋以主債務。僅按抵銷數額而消滅。其殘額

尙存債務關係。則其物的擔保或人的保證之從債務。亦應於主債務之殘額範圍內。仍猶存續也。（三三五條一項參照）

3 由抵銷所算定之債額。應即支付。但不妨記入次期交互計算中。編爲其項目。

【註二】關於抵銷。有總額抵銷說。及各項目抵銷說。日商明定就總額互相抵銷。不生爭論。德商僅規定抵銷。並無總額字樣。遂生上述二種主張。我民亦無總額字樣。將來難免爭議。必同德商。竊謂交互計算之目的。在合併計算。在計算上必須總額抵銷。始符交互計算之目的。故本書主張總額抵銷說。

【註三】計算行爲。是否有更改效力。爭論頗多。德國商事法院之判例。原採更改說。嗣後則改採非更改說。我民法因更改而負新債時。不過確保原有之舊債。其舊債在原則上。並不消滅。仍與新債併存。（三二〇條）若採更改說。則雖爲計算行爲。而差額（即更改說所謂新債）未支付以前。所有記入各項之各債權債務。仍不消滅。匪特與抵銷之效力相反。（三三五條一項）亦與交互計算之目

的不符。故本書不採更改說。

【註四】 所謂就各項目述異議者。言就各債權債務。是否成立。額數多寡。及應否記入。有所爭議也。

【註五】 即差額較小於該債權。自以差額爲限。例如原借千元。而差額僅百元。則保證人之責任。亦僅百元是。反之差額較大於該債權。則以該債權之範圍內爲限。例如以五百價值之房屋。抵借二百元。而差額爲四百元。則房屋所擔保者。仍僅二百元是。

差額之利息

三 差額之利息 債權人得就算定差額。請求自計算時起。支付利息。（四〇四條二項）又此項規定。爲禁止複利規定之例外。（二〇七條參照）【註六】

【註六】 此項規定。是否禁止複利規定之例外。尚多爭議。主張積極說者。謂利息爲複利。蓋各債既可附利息。則差額中。自己含有利息。若於差額。更附利息。是許爲複利。而爲其禁止復利之例外。主張消極說者。則謂此項利息。乃於差額之新債務。附以利息。並非於利息。又附利息。故非許爲複利。自不謂爲禁止復利規定之例外。本書既不認計算行爲有更改效力。自應採積極說。

【註三】 德商以委任規定。非可當然適用。故另行明定交付之義務。（德商三八四條一項後段）

依從指示及努力擔任之義務

四 依從指示及努力擔任之義務 行紀人之爲交易行爲。應依從委託人之指示。若違反指示。即爲不合債務之本旨。委託人得拒絕承受其行爲之結果。並得請求損害賠償。【註四】但可推定委託人若知有當時情事。必允許變更指示。且時機緊迫。無從得允許者。不在此限。【註五】此乃適用委任中第五三五條前段及第五三六條所當然也。

行紀人應保護委託人之利益。努力以爲交易行爲。雖有委託人之指示。尙應務求以較利條件爲之。【註六】蓋以行紀人應依誠實及信用之方法。履行其債務也。

【註四】 德商明定行紀人爲交易行爲時。應從委託人之指示。（德商三八四條一項中段）如違反指示。則對於委託人。應負賠償損害之義務。而委託人並得視爲非於自己之計算而爲者。（德商三八五條一項）我舊商行爲草案亦有同一之規定。（草案五四條五七條一項本文）

【註五】 關於此點。德商及我舊商行爲。均經明定。（德商三八五條二項草案五七條一項但書）

【註六】德商明定行紀人爲交易行爲時。應保護委託人之利益。（德商三八四條一項中段）我舊商行爲草案。亦有同一之規定。（草案五四條）

指定價額時之義務

五　委託買賣指定價額時之義務　委託人委託行紀人買賣時。多有指定價額者。此亦爲指示之一種。依其指定方法。大別爲三。

限制標準

1　限制標準　委託人有指定價額。以加限制者。即於委託出賣。指定最低價額。於委託買入。指定最高價額。而行紀人則必須依其限制之最低或最高價額。以爲買賣。苟有不能。寧停止之。若行紀人不遵此限制。其出賣價金。竟低於所指定之最低價。或其買入價金。竟高於所指定之最高價。則委託人得依違反指示。而拒絕承受其買賣之結果。並得請求損害賠償。

擔任補償差額

但行紀人如擔任補償其差額。（或爲增進主顧信感、或爲貪圖多額報酬、）其出賣或買入。對於委託人。發生效力。（五八〇條並參照德商三八六條日商三一六條）即委託人不得據以拒絕。至於補償差額。尙有損害時。委託人仍不妨請求賠償。【註七】

產。固係移轉財產權。不外贈與人將物之所有權或其他財產權。給與受贈人。使之取得權利。然在贈與契約。所謂給與財產。必須受贈人方面。增加財產。而贈與人方面。亦因之減少財產。若僅使他方取得利益。而自己財產。並不因之減少者。非贈與也。故如當事人一方對他方無償供給勞務者。不得謂之贈與。至對於他方免除債務。或將自己之物。無償供其使用收益。是否贈與。固有爭議。然債權及使用收益權。乃自己財產之構成分子。在免除或無償供其使用收益時。自己財產。必因之減少。自應解爲贈與。

3　屬於他人之財產得以爲贈與之標的物　給與之財產權。不必現在屬於贈與人所有者。雖他人之物或權利。亦得以爲贈與之標的物。

贈與爲模範之無償契約

三　贈與係無償契約　贈與在無償契約中。堪作模範。無償云者。無對酬關係之謂之謂也。縱令受贈人負擔義務。而無對酬關係者。仍不失爲贈與。故附有負擔之贈與。亦爲贈與也。

贈與僅生債務關係

四　贈與係債權契約　贈與契約。在使贈與人負擔無償給與財產之債務。於當事人間。僅發生債務關係。其債務之履行。必須更有履行行爲。故在贈與約束。係先訂贈與契約。嗣後再爲履行。毫無疑義。卽在現物贈與。亦不過贈與契約之訂立。與其履行行爲。同時爲之耳。【註二】

【註二】　或謂贈與契約。以無償給與財產爲內容。其財產給與行爲。卽履行行爲。應爲贈與契約之成立要件。故贈與常爲要物契約。當然包括履行行爲。或謂贈與契約。僅發生負擔無償給與財產之債務。斯爲贈與原因行爲。而實行給與。則更須有履行行爲也。就我民法言之。贈與旣規定於債編中。而第四〇九條。復有贈與人不履行贈與字樣。自以後說爲當。故本書採之。

第二節　贈與之成立

贈與因合意而成立

一　贈與契約因合意而成立　卽贈與人與受贈人。關於給與財產及無償兩點。彼此意思一致時。贈與契約卽行有效成立。但贈與之標的物。如係非經登記不得移轉之

財產者。則於合意外。更須爲移轉登記。始得有效成立。(四〇七條)

贈與以不要式爲原則

二　贈與契約以不要式爲原則　考外國立法例。固多以寫立字據爲贈與契約之成立要件。【註一】但我民法。僅規定立有字據之贈與。不得撤銷而已。(四〇八條二項前段)此則僅係效力強弱之問題。於契約成立。毫無關係也。

【註一】贈與人之行贈與也。大抵有損無益。且關係繼承人。利害尤大。故外國法例。多定爲要式。俾得慎重出之。(德民五一八條法民九三一條九三二條瑞債二四三條)惟日民與我民同。(日民五五〇條)

第三節　贈與之種類

贈與得依各種標準。分爲左列數種。

單純贈與

一　單純贈與　凡贈與未附有條件、期限、或負擔者。謂之單純贈與。

附條件贈與

二　附件條贈與　贈與效力之發生。繫於某種條件者。謂之附停止條件贈與。贈與

效力之消滅。繫於某種條件者。謂之附解除條件贈與。

附期限贈與

三 附期限贈與、贈與定於某期限屆至時。發生效力者。謂之附始期贈與。贈與定於某期限屆滿時。失其效力者。謂之附終期贈與。

定期迴環的贈與

四 定期迴環的贈與 卽財產之定期繼續的無償給付也。無償給付。未定存續期限者。謂之無期贈與。無償給付。定有存續期限者。謂之有期贈與。

附有負擔之贈與

五 附有負擔之贈與 卽贈與人約行贈與時。復爲自己、第三人、或公益計。而附加約款。使受贈人亦負擔應爲某種給付之義務也。【註一】故其結果如左。

【註一】 如學校對於某畢業生。約定贈與留學費。而附以歸國後在本校服務之約款。此卽爲自己利益計之例也。又如甲對於乙。約定贈與金錢。而附以須收養丙之約款。此卽爲第三人利益計之例也。又如甲對於乙。約定贈與金錢。而附使專攻某種學術。或專任社會事業之約款。此卽爲公益計之例也。

1 負擔與條件不同。卽附有負擔之贈與。仍發生贈與契約之效力。非如停止條

件。限制效力之發生。故與條件不同。

2　附有負擔之贈與。仍係無償契約。蓋當事人雙方。均負須爲給付之義務。似與雙務契約及有償契約相類。然贈與爲主。負擔爲從。雙方給付。僅有主從牽屬之關係。並無兩相對酬之性質。自與雙務契約不同。又負擔僅爲附加約款。限制贈與之效力。決非雙方均由給付而取得利益。亦與有償契約有別。故謂附有負擔之贈與。仍係無償契約。

3　負擔之價值。不得超過贈與。蓋贈與乃使受贈人受益之恩惠契約。故負擔之價值。不得超過贈與財產之利益。若有逾越。則違背贈與之本質矣。（四一三條參照）

第四節　贈與之效力

贈與之效力

贈與之效力。在使贈與人對於受贈人。負擔無償的給與財產之債務也。

一　債務之內容　贈與人須依贈與之本旨。履行其債務。故應爲關於財產移轉之必

要方法。務使受贈人得取得贈與之財產。而作其主體也。

二　不履行之責任　贈與人不依贈與之本旨。履行其債務時。其責任如左。

未立字據之贈與不得請求履行

1　未立字據之贈與　受贈人不得請求履行。以此項贈與。在贈與物未交付前。贈與人得撤銷之。（四〇八條一項）雖經請求。亦無實益故也。

立有字據之贈與得請求履行

2　立有字據之贈與或爲履行道德上之義務而爲贈與者　受贈人得請求交付贈與物或其價金。但不得請求遲延利息。或其他不履行之損害賠償。（四〇九條並參照二二七條德民五二一條）蓋以贈與人無償給與。而受贈人專享恩惠。自應輕減贈與人之責任。以期公允。

履行不能之責任

三　履行不能之責任　因可歸責於贈與人之事由。致履行不能者。贈與人僅就其故意或重大過失。對於受贈人。負其責任。（四一〇條並參照二二〇條二二六條）此項責任。自亦限於受贈人得請求履行之情形。蓋亦以無償給與。故特輕減贈與人之責任也。

擔保責任

四　擔保責任　贈與標的物之權利。如有瑕疵。或贈與標的物有瑕疵時。贈與人不

負擔保責任。（四一一條本文）亦因係無償給與。故以不負權利瑕疵或物的瑕疵之擔保責任為原則也。但尚有左列例外。至其責任之內容。則以損害賠償為限。（四一一條但書並參照三五九條至三六四條）

1 贈與人故意不告知其瑕疵者。（四一一條但書）

2 贈與人保證其無瑕疵者。（四一一條但書）

3 在附有負擔之贈與。其贈與人於受贈人負擔之限度內。負與出賣人同一之擔保責任。（四一三條）

4 當事人關於擔保責任。定有特約者。

第五節　贈與之撤銷及拒絕履行

贈與撤銷之原因

一　撤銷之原因　贈與契約。有其特殊撤銷原因。茲述於左。

1 未立字據之贈與　即贈與物未交付前。贈與人得撤銷其贈與。其一部已交付

者。得就其未交付之部分撤銷之。（四〇八條一項）所謂未立字據之贈與。蓋謂贈與人之意思。未依書面表示也。據我民法。贈與原係不要式契約。其立字據與否。於契約成立無涉。但未立字據之贈與。效力較弱。贈與人在未履行以前。得撤銷之。至於立有字據之贈與。則效力較強。不得撤銷。又因履行道德上之義務而爲贈與者亦同。（四〇八條二項）

2 受贈人不履行負擔者 在附有負擔之贈與。受贈人不履行其負擔時。贈與人得撤銷贈與。（四一二條一項）

3 受贈人有忘恩或違背義務之行爲者 即受贈人對贈與人。有左列情事之一者。贈與人得撤銷其贈與。惟此項撤銷權。自贈與人知有撤銷原因之時起。一年內不行使而消滅。贈與人對於受贈人。已爲宥恕之表示者亦同。（四一六條）

甲 忘恩行爲。即對於贈與人或其最近親屬。有故意侵害之行爲。依刑法有處罰之明文者。

乙　違背義務行爲。即對於贈與人。有扶養義務。而不履行者。

4　受贈人妨礙條件或撤銷者　贈與以贈與人之死亡爲停止條件時。受贈人以故意不法之行爲。致贈與人死亡。又受贈人於贈與人生前。以故意不法之行爲。妨礙其爲贈與之撤銷者。贈與人之繼承人得撤銷其贈與。但其撤銷權。自知有撤銷原因之時起。六個月間不行使而消滅。（四一七條）

贈與撤銷之方法

二　撤銷之方法　贈與之撤銷。應向受贈人以意思表示爲之。（四一九條一項）蓋受贈人爲確定之相對人。自應向受贈人爲之。（一一六條參照）故受贈人死亡時。贈與之撤銷權。即因而消滅。（四二〇條）

贈與撤銷之效果

三　撤銷之效果　贈與之撤銷。亦與一般法律行爲之撤銷無異。故贈與經撤銷者。視爲自始無效。（一一四條參照）至贈與履行後。始經撤銷者。贈與人尙得依關於不當利得之規定。請求返還贈與物。（四一九條二項）

贈與拒絕履行之原因

四　贈與人窮困時之拒絕履行　即贈與人於贈與約定後。其經濟狀況。顯有變更。

如因贈與致其生計有重大之影響。或妨礙其扶養義務之履行者。得拒絕贈與之履行。（四一八條）

第六節　特種贈與

附有負擔之贈與效力

一　附有負擔之贈與　此項贈與之性質。前經述明。茲更述其效力於左。

1　負擔之履行　贈與人須先履行贈與。（即先爲自己之給付）方得向受贈人請求負擔之履行。（四一二條一項前段並參照德民五二五條一項）蓋贈與負擔。僅係主從牽屬之關係。非有兩相對換之性質。自應如斯規定。以符合其本質。而使與雙務契約。亦有區別。故贈與人不得主張同時履行之抗辯。而應先爲自己之給付也。【註一】

【註一】　日民規定附有負擔之贈與。適用關於雙務契約之規定。（日民五五三條）故贈與人得主張同時履行之抗辯。自與我民法不同。

2　負擔之不履行　贈與人已履行贈與。而受贈人不履行其負擔時。贈與人得就

左列方法。擇行其一。（四一二條一項後段）

甲　贈與人得請求受贈人履行其負擔。若贈與人已死亡時。在附加負擔。係爲贈與人自己或第三人利益計者。其繼承人尙得請求負擔之履行。但係爲公益計者。究由何人請求。應予明定。以防爭議。故規定主管官署。得命受贈人履行其負擔。（四一二條二項）

乙　贈與人得撤銷贈與。其撤銷後。卽得依關於不當利得之規定。請求返還贈與物。【註二】

【註二】　日民因適用雙務契約之規定。自爲解除贈與契約。而回復原狀。（日民五五三條五四一條五四二條）亦與我民法不同。

3　負擔之履行不能　因不可歸責於贈與人之事由。致贈與履行不能時。受贈人固免履行負擔之義務。但依不可歸責於受贈人之事由。致負擔履行不能時。則僅受贈人免其義務。而贈與人之給付義務。決非因以免除。仍須履行其贈與。蓋以

贈與爲主。負擔爲從。苟贈與契約不成立。或其履行不能。負擔當然消滅。反之。關於負擔約款不成立。或其履行不能。則於贈與。不生何等影響也。

4 負擔之價值超過贈與之價值者　即附有負擔之贈與。其贈與不足償其負擔者。受贈人僅於贈與之價值限度內。有履行其負擔之責任。(四一三條)

定期贈與

二 定期贈與　定期給付之贈與。當事人如定有存續期限者。固於期限屆滿時。失其效力。(一〇二條二項)但期限屆滿以前。當事人一方(即贈與人或受贈人)如有死亡情事。亦失其效力。又當事人未定有存續期限者。亦因當事人一方之死亡。而失其效力。(四一五條本文)此乃推測當事人之意思所設之規定。蓋在定期贈與。贈與人大率僅願本身負責。不欲遺累其繼承人。且贈與人示恩之舉。大抵見好於相對人本身。未必並及其繼承人也。故規定原則上以當事人一方之終身爲限也。但贈與人有反對之意思表示者。仍從其意思。(四一五條但書)

第五章　租賃（民法四二一條以下德民五三五條以下瑞債二五三條以下法民一七〇九條以下日民六〇一條以下）

第一節　租賃之性質

租賃之定義

租賃云者。當事人一方。（出租人）約以物租與他方（承租人）使用收益。而他方約付租金之契約也（四二一條）其法律上之性質如左。

租賃爲雙務並有償契約

一　租賃爲雙務契約並係有償契約　蓋租賃契約。一面使出租人。負使承租人得就物使用收益之債務。而他面復使承租人。負支付租金之債務。其雙方當事人。互負債務。顯有對價的關係。自係雙務契約。又雙方當事人。須給付財產。始能自他方。取得利益。自係有償契約。

租賃既係雙務契約。自適用關於雙務契約之規定。又既係有償契約。自得準用關於買賣之規定。（三四七條）

租賃爲諾成契約

二　租賃係諾成契約　蓋租賃契約。其雙方當事人。對於租賃要件。意思一致時。卽行成立。並不以租賃物之交付。爲成立之要件。自係諾成契約。而與使用借貸、消費借貸之要物契約不同。（四六五條四七五條參照）蓋租賃契約。出租人固須交付租賃物。而承租人亦須支付租金。且租金之支付。亦有在交付租賃物以前者。若以交付租賃物爲成立要件。則租金之支付。無所根據矣。故不得如使用借貸、消費借貸。以物之交付。爲契約成立之要件也。

租賃以不要式爲原則

三　租賃在原則上仍係不要式契約　一般租賃契約之成立。毋庸履行一定之方式。（四二一條參照）其爲不要式契約。本屬顯然。雖不動產之租賃契約。其期限逾一年者。應以字據訂立之。此固由我國民法。斟酌習慣。務使權利關係。較爲明確。以防爭議。然卽使未以字據訂立。法律上並不使之無效。亦不過視爲不定期限之租賃。（四二二條）各當事人。得隨時終止其租賃契約而已。（四五〇條二項）由此觀之。不動產租賃之寫立字據與否。亦僅生效力強弱之問題。並無能否成立之關係。故租賃契約。仍以不要式

爲原則也。

物之使用收益

四　租賃係出租人約使承租人。得爲物之使用收益之契約也。

1　租賃之標的物。須以物爲限。

甲　嚴格論之。權利不得爲租賃之標的物。然以權利之有償的使用收益爲標的之契約。絕無認爲無效之理由。故爲租賃類似之一種無名契約。仍準用租賃之規定。【註一】

【註一】　德民及瑞債。特設用益租賃之名稱。使就權利。亦得成立租賃契約。（德民五八一條以下瑞債二七五條以下）德中民民草亦同。（六八五條以下）但現民法第四二一條。既明定以物租與。故在權利。自不得成立租賃契約。僅得準用其規定而已。

乙　消費物。在原則上。不得以爲租賃之標的。蓋以租賃。須返還原物故也。然依消費以外方法而使用時。仍可成立租賃契約。例如租充陳列是。

丙　物之一部。原則上固不得成立物權。然租賃之承租人。並非以取得物權爲

標的。故就物之一部。亦得成立租賃。如房屋之分租是。

丁 非出租人自己所有之物。又承租人自己所有之物。均得成立租賃。【註二】

【註二】 承租人自己所有之物。亦得成立租賃者。例如出租人在承租人所有土地上。享有地上權時。承租人得自出租人租用其地上權是。

戊 公有物亦不妨成立租賃。

2 租賃在使爲使用收益。

甲 使用者。謂不毀損滅失而利用其物也。收益者。謂自其物取得孳息及其他收益也。兩者共爲租賃之內容。然以特約明定。僅許使用。而禁止收益者。亦無不可。【註三】

【註三】 德民瑞債。將租賃分爲使用租賃及用益租賃兩種。前清民草亦同。使用租賃者。謂僅以物之使用爲其內容也。（德民五三五條瑞債二五三條前清民草六三六條）用益租賃者。謂以物或權利之使用及收益爲其內容也。（德民五八一條以下瑞債二七五條以下前清民草六八五條以下）但現

民法。未認此種區別。

乙　租賃既僅以物之使用收益爲標的。故其標的物之所有權。並不移轉於承租人。而出租人及其他所有人。仍有物上請求權。如承租人破產時。得據以取回租賃物。

3　租賃乃出租人。約使承租人得爲物之使用收益。故出租人不僅如使用借貸。祇將物之使用權。委諸借用人。僅負不妨害之消極的義務而已足。更須進而負積極的義務。使承租人得就租賃物。按其約定。享受完全使用收益之效也。

支付租金　五　租賃係承租人。約向出租人支付租金之契約也。

1　租金之物體　在通常情形。租金固多以金錢支付。然不妨以租賃物之孳息充之。(四二一條二項)

2　租金之形式　在通常情形。租金固多按期限之長短。比例的支付之。然僅一回給付。亦不失爲租金。

3　租金之數額　在通常情形。固多自始確定。然不必限於具體約定者。其依一定計算之基礎。可得而定者。亦不失爲定有租金。

六　遡及效　民法債編施行前發生之債的關係。因不遡及之原則。不適用債編之規定。（民法債編施行法一條）但民法債編施行前所定之租賃契約。其效力於施行前。固不適用債編之規定。而於施行後。則依債編之規定。（同法一三條一項）此乃對於不遡及原則。特設例外也。

遡及效

第二節　租賃之期限

租賃之最長期　租賃契約之期限。不得逾二十年。（四四九條一項前段）蓋租賃僅在物之使用收益。並非移轉所有權。不宜永續。以致相混。且期限過長。利用改良。弊端叢生。又周圍情況。經濟狀態。雖有變化。亦不得隨而變遷。有失公允。再須長期租用他人之物者。多係不動產。已有永佃權及地上權之規定。堪足應用。故民法對

租賃之最長期

於租賃。特限定其至長期限。不得逾二十年也。

期限之縮短

二　期限之縮短　租賃契約之期限。逾二十年者。縮短爲二十年。（四四九條一項後段）

何謂更新

三　期限之更新　租賃契約之期限。當事人得更新之。（四四九條二項）得更新期限云者。謂就原存之租賃。而僅更新其期限也。質言之。即得無害原存租賃之同一性。而延長其期限也。故原附擔保。仍猶存在。又期限之更新。仍與新結租賃契約。受同一之限制。即自更新之時起。不得逾二十年。

施行前期限

四　施行前期限　民法債編施行前所定之租賃契約。訂有期限者。依其期限。但其殘餘期限。自施行日起算。較民法第四百四十九條所規定之期限爲長者。應自施行日起。適用第四百四十九條之規定。縮短爲二十年。（民法債編施行法一三條二項）

第二節　租賃之效力

第一款　出租人之權利義務

交付并保持約定狀態之義務

一　交付并保持約定狀態之義務　租賃契約。乃出租人。約定以物租與承租人使用收益。故出租人。應將租賃物。交付於承租人。俾得使用收益。而所交付之租賃物。須適合於約定使用收益之狀態。此項狀態。在租賃關係存續中。並應保持之。務使承租人得完全享有使用收益之效也。(四二三條)

修繕義務

二　修繕之義務　租賃物之修繕。原則上由出租人負擔之。(四二九條一項)亦在使租賃物。得合於約定使用收益之狀態也。

1　要件　出租人須於有修繕之必要。及修繕之可能時。始負修繕之義務。修繕之必要云者。蓋謂租賃物破損。須經修繕。始得有原來使用之價值也。其修繕必要之狀態。有出於不可歸責於雙方之事由者。如風雨是。有出於可歸責於出租人之事由者。如年久失修是。有出於可歸責於承租人之事由者。如因其故意過失加以毀損是。無論出於何種原因。均由出租人修繕之。蓋以第四二九條一項。於發生修繕之原因。並無限制故也。但出於可歸責於承租人之事由者。在承租人。因

違反保管義務。或涉及侵權行爲。亦應負損害賠償之責也。所謂修繕可能者。修繕尚非不可能也。修繕不可能云者。謂事實上不能修繕。或雖修繕。已不能回復其合於約定使用收益之狀態也。此則發生當然契約終止。【註一】履行不能。【註二】或擔保責任等【註三】問題。應分別情形。按照各該規定決之。

【註一】 事實上不能修繕。出於事變。或在租賃關係存續中者。當然終止契約。例如因地震暴風。以致崩潰倒塌者。毋庸再予重修是。

【註二】 事實上不能修繕。以致不能交付者。則為履行不能。其出於不可歸責於出租人之事由者。出租人免除交付之義務。（二二五條）其出於應歸責於出租人之事由者。承租人得請求損害賠償。（二二六條）

【註三】 雖加修繕。已不能回復其合於約定使用收益之狀態者。則生瑕疵擔保問題。例如租用航海船隻。而出租人所交。係老朽船隻。雖加修繕。已不堪充航海之用是。

2　修繕義務違反之效果　修繕義務。爲一種債務。其違反義務。卽係債務不履

行。其情形得大別爲二。

甲　出租人在租賃物交付前不履行修繕之義務時。應依關於債務不履行之一般規定。承租人得解除契約。(二五四條)或聲請執行。並得請求損害賠償。(二二七條)

乙　出租人在租賃關係存續中。不履行修繕之義務時。承租人得定相當期限。催告出租人修繕。如出租人於其期限內。不爲修繕者。承租人得終止契約。或自行修繕。而請求出租人償還其費用。或於租金中扣除之。(四三〇條) 此外出租人不爲修繕時。尙得依同時履行之抗辯。拒絕租金之支付。(二六四條參照)自不待言。

3 特約或習慣　出租人負擔修繕義務之規定。並非强行法規。故當事人訂有特約。或租賃物所在地。另有習慣者。仍應依之。(四二九條一項)

4 保存之必要行爲　出租人既負修繕義務。故凡關於保存租賃物所爲之必要行爲。可不問承租人意思如何。得逕自行之。承租人不得拒絕。(四二九條二項) 蓋以出租人有保存其物之正當權利。且在國家經濟上。亦甚有利。故使得逕自行之。然此

項保存行爲。亦有暫時妨害承租人之使用收益者。在此期間內。承租人自得免除或減少其租金。（四四一條之反面解釋）

除去妨害之義務

三　除去妨害之義務　因破損以外之原因。妨害使用收益時。出租人應負除去其妨害之義務。（四三七條一項中段參照）例如第三人侵害租賃物。或加其他妨害時。出租人應努力返還。或除去其他妨害是。此亦使租賃物。得合於約定使用收益之狀態也。

擔保責任

四　擔保責任　租賃爲有償契約。故準用關於買賣之規定。（三四七條）其出租人。應負與出賣人同一之擔保責任。

1　權利瑕疵之擔保責任　出租人應擔保第三人。就租賃物。對於承租人。不得主張足妨害其使用收益之權利。（三四九條）倘出租人不履行此項義務時。承租人得依關於債務不履行之規定。得請求不履行之損害賠償並得解除契約。（三五三條並參照二二六條二五六條二六〇條）

2　物的瑕疵之擔保責任　出租人將租賃物交付於承租人時。其物存有滅失或滅

少約定使用收益之瑕疵。或出租人以特約確保其品質之瑕疵時。(三五四條一項參照)承租人得終止其契約。或請求減少其租金。(三五九條參照) 如租賃物。以種類指定者。承租人得請求另行交付無瑕疵之物。(三六四條) 又欠缺出租人所確保之品質。以及出租人故意不告知物之瑕疵者。承租人得請求不履行之損害賠償。(三六〇條參照)

3 例外規定 承租人於訂約當時。明知權利有瑕疵。或明知物有瑕疵。以及以特約免除或限制擔保義務時。出租人不負擔保責任。(三五一條三五五條三六六條參照) 但租賃物爲房屋。或其他供居住之處所者。如有瑕疵。危及承租人或其同居人之安全或健康時。承租人雖於訂約時。已知其瑕疵。或雖以特約。拋棄其終止契約之權利。仍得終止契約。(四二四條)

負擔稅捐之義務

五 負擔稅捐之義務 就租賃物所應納之一切稅捐。由出租人負擔。(四二七條) 蓋出租人。雖將租賃物租與承租人使用收益。而其所有權。仍屬自己所有。故應使出租人負擔之。

六　費用償還之義務　此因費用性質，各不相同。

1　必要費　必要費者。謂物之保存上所不可缺之費用也。此項費用。究由當事中何人負擔。在我民法。並無規定。尙謂應依左列情形而決定之。

甲　承租人支出之費用。係因保存租賃物。所必要不可缺者。本爲出租人之利益。應由出租人負擔。自得向其請求償還。

乙　承租人支出之費用。係因使用收益所必要不可缺者。專爲自己之利益。應由承租人負擔。不得向出租人請求償還。

丙　承租人因使用收益支出之必要費。雖兼爲保存租賃物之必要費。亦不得向出租人請求償還。故租賃物爲動物者。其飼養費由承租人負擔。（四二八條）

2　有益費　有益費者。謂因增加物之利用價值。所支出之改良費也。承租人就租賃物支出有益費用。因而增加該物之價值者。如出租人知其情事。而不爲反對之表示。於租賃關係終止時。應於現存增價額之限度內。償還其費用。（四三一條一項）

至承租人就租賃物所增設之工作物。其設置費。雖亦爲有益費。然承租人得不求償費用。而取回工作物。但應回復租賃物之原狀。（四三一條二項）【註四】

【註四】 工作物者。謂承租人因使用收益。就租賃物所增設之建設物也。如房屋之裝修。用地之農作建物、取水埠頭等是。此等設施。足以增加租賃物之價值。倘合於有益費求償條件。（四一三條一項）自得請求償還。又於租賃關係消滅時。得不求償費用。而收回其工作物。蓋以本爲承租人所有之物。自有取回之權利也。承租人於上述二種權利。得選擇行之。但取回工作物時。不可侵害租賃物。致妨回復租賃物之原狀。例如住房原由磚地改爲地板。如取去地板。則應恢復磚地是。

3 承租人之償還費用請求權。及工作物取回權。均因二年間不行使而消滅。（四五六條）

法定留置權

七 不動產出租人之法定留置權 不動產出租人。對於承租人所有之債權。固得依債權通則。以資行使。然其效力。尚嫌薄弱。故更使有法定留置權之擔保物權。以保護之。【註五】

【註五】考各立法例。關於不動產出租人之債權。多設擔保物權。以資保護。有使出租人於承租人之動產上。有法定質權者。如德民是。（德民五五九條以下）有使其有留置權者。如瑞債是（瑞債二七二條以下）有使其有先取特權者。如日民是。（日民三一二條以下）

1　留置權之標的物　不動產出租人。所得行使留置權者。須以屬於承租人之動產。且置於該不動產者爲限。故要件有二即必須爲承租人所有之動產。及置於該不動產是也。若承租人所有之動產。非置於該不動產者。或置於該不動產。而非承租人自己所有者。均不行使留置權。（四四五條一項本文並參照九二八條）【註六】但禁止扣押之物。則無留置權。（四四五條一項但書）例如承租人及其家屬一個月間生活必要之物品是（民事訴訟執行規則一九條）

【註六】債權人所得享有留置權者。本以屬於債務人之動產爲限。且以占有爲要件。（九二八條）但出租人所有之法定留置權則不以占有爲要件。僅置於租賃之不動產而已足。

2　留置權之範圍　不動產出租人。就租賃契約所生之債權。均得對於上述留置

物。行使留置權。以資保護。（四四五條一項本文）惟得依質權之規定。拍賣留置物。或取得留置物。就以取償者。（九三六條參照）僅有二種債權。即已得請求之損害賠償。及本期與以前未交之租金是也。（四四五條二項）此外債權。則僅承租人不得自租賃之不動產取去留置物而已。

3 留置權之消滅　此項留置權因左列原因。歸於消滅。

甲　承租人取去留置物　取去留置物者。將留置物。自租賃之不動產。移置他處也。此項法定留置權之行使。必以留置物置於租賃之不動產爲要件。故承租人將留置物取去者。出租人之留置權。歸於消滅。但尚有左列限制。（四四六條一項）

A　其取去。須係出租人已知者。若乘出租人之不知而取去。則承租人即違背信用誠實。以害出租人之利益。故留置權並不消滅。（四四六條但書）出租人且得終止契約。

B　其取去須出租人無異議。故（1）出租人有異議時。即不得取去之。若

不顧出租人提出異議。而取去其物者。留置權並不因此消滅。（四四六條一項但書）出租人並得終止契約。（四四七條二項）（2）有異議之出租人。得不聲請法院。逕行阻止承租人取去其留置物。如承租人離去租賃之不動產者。並得占有其物。（四四七條一項）惟出租人之異議權。亦非漫無限制。蓋出租人固宜保護。而承租人亦應矜全。故承租人如因執行業務取去其物。或其取去適於通常之生活關係。或所留之物。足以擔保租金之支付者。出租人不得提出異議。（四四六條二項）

乙　承租人提出擔保　承租人得提出擔保。以免出租人行使留置權。並得提出與各個留置物價值物相當之擔保。以消滅對於該物之留置權。（四四八條）

第二款　承租人之權利義務

支付租金之義務

一　支付租金之義務　租金爲租賃物使用收益之對價。在承租人之義務中。極爲重要。其物體。數額等項。前經述明。茲更述應說明者於左。

支付租金之時期

支付租金之遲延

1 支付租金之時期（四三九條）

甲 當事人間有約定者。依其約定。

乙 無約定者。依租賃物所在地之習慣。

丙 無約定亦無習慣者。應於租賃期滿時支付之。蓋以法律關係繼續契約之報酬。應以其法律關係之終了時。爲其清償期故也。但租金如分期支付者。於每期屆滿時支付之。又租賃物之收益有季節者。於收益季節終了時支付之。

2 支付租金之遲延 承租人租金支付有遲延者。出租人得定相當期限。催告承租人支付租金。如承租人於其期限內。不爲支付。出租人得終止契約。（四四〇條一項）蓋在雙務契約。當事人一方遲延給付時。他方當時人。即得經催告而終止契約也。（二五四條參照）但租賃物爲房屋者。遲付租金之總額。非達兩期之租額。不得據此項規定。終止契約。（四四〇條二項）蓋賃房居住者。多係經濟薄弱之人。應特予保護故也。

租金減免之請求

3　租金減免之請求　出租人苟已將租賃物。置諸承租人得依約定使用收益之狀態下。縱令承租人因自己之事由。致不能爲租賃物全部或一部之使用收益者。例如家眷未到。未使用承租之房屋是。在此情形。承租人不得減免其租金。（四四一條）但租賃關係存續中。因不可歸責於承租人之事由。致租賃物一部滅失者。如被風吹倒或被水沖去房屋之一部是。在此情形。承租人得按滅失之部分。請求減少租金。（四三五條）蓋務求公允。並使合於當事人之意思也。至其存餘部分。已不能達租賃之目的者。則得終止契約（四三五條二項）

租金之修訂

4　租金之修訂　租金之額數。由當事人約定。此爲契約自由之原則。但租賃物爲不動產者。訂約之後。因租稅之增減。地面之盛衰。交通水流之變通等原因。其價値或有昇降。以原定租金。與昇降價値。兩相比較。其原定租金。有過低或過高時。當事人得聲請法院。增減其租金。蓋由法院。據當事人之聲請。斟酌情形。改訂額數。以期公允也。此卽所謂對於契約之內容。強制修訂也。但不動產

之租賃。定有期限者。則不適用此強制修訂之規定。蓋以期限屆滿時。得另訂契約也。

使用收益之範圍

二　使用收益之範圍　承租人對於租賃物。固有使用收益之權利。但其使用收益。亦應遵守一定範圍。故承租人應依約定方法。爲租賃物之使用收益。無約定方法者。應以依租賃物之性質而定之方法爲之。【註一】（四三八條一項）承租人倘爲上述範圍以外之使用收益時。其結果如下。（1）出租人得加以阻止。（2）經出租人阻止而仍繼續爲之者。出租人得終止契約。（四三八條二項）（3）承租人因此受益。而致出租人受損者。出租人得依不當利得之規定。請求返還。（一七九條參照）（4）出租人因此受損。在承租人有故意過失者。出租人得據侵權行爲之規定。請求損害賠償。（一八四條一項參照）此項賠償請求權。因二年間不行使而消滅。（四五六條一項）

【註一】　例如客船之承租人。不能用以裝貨。乘馬之承租人。不能用以耕田。菜園之承租人。不能改作水田是。

三　租賃物之保管義務　承租人就租賃物爲使用收益後。應返還租賃物。（四五五條參照）故自受領交付以後。返還以前。應以善良管理人之注意。保管租賃物。租賃物有生產力者。並應保持其生產力。（四三二條一項）此卽謂保管之義務也。

租賃物之保管義務

1　滅失毀損之責任　承租人違反保管義務。致租賃物毀損滅失者。應負損害賠償責任。但依約定之方法。或依物之性質而定之方法。爲使用收益。致有變更或毀損者。承租人不任其責。（四三二條二項）

對於第三人行爲之責任

2　對於第三人行爲之責任　因承租人之同居人。（如家屬、受雇人是）或因承租人允許爲租賃物之使用收益之第三人。（如暫借使用收益之人是）應負責之事由。致租賃物毀損滅失者。由承租人負損害賠償責任。（四三三條）

失火責任

3　失火責任　租賃物因承租人之重大過失。致失火而毀損滅失者。承租人對於出租人。負損害賠償責任。（四三四條）蓋我國舊律。失火僅有刑事制裁。不負民事責任。以失火之人。自已財產。並遭燒燬。其情可憫。且失火損失。爲額甚大。卽

富有資產。亦難賠償。故特予減輕責任。須有重大過失。始任賠償損害責任。若僅有輕過失。則不負其責矣。

通知義務

四　通知義務　租賃關係存續中。租賃物如有修繕之必要。應由出租人負擔者。或因防止危害。有設備之必要。或第三人就租賃物主張權利者。承租人應即通知出租人。若怠於為此項通知。致出租人不能及時救濟者。應賠償出租人因此所生之損害。但為出租人所已知者。承租人不負通知之義務。(四三七條)

租賃物返還之義務

五　租賃物返還之義務　承租人於租賃關係終止後。應返還租賃物。其租賃物有生產力者。並應保持其生產狀態。返還出租人。(四五五條)

第三款　租賃對於第三人之效力

租賃權之性質

一　租賃權　租賃權者。承租人得直接對於租賃物使用收益之權也。論其性質。既係直接管領物件之權利。並非僅對於出租人。請求交由使用收益之權利。

自不得謂爲債權。又雖係管領物件之權利。但並非如永佃權。地上權等限制物權。獨立對於物享有其管領權。不過租賃契約之結果。應聽許其使用收益。因以享有代行租賃物所有人使用收益權之法律上地位而已。亦不得謂爲物權。故此項使用收益權。可謂爲承租人爲自己之利益。代行租賃物所有人使用收益權之一種形成權也。【註一】【註二】

【註一】租賃權之性質若何。在立法例及學說。頗不一致。自羅馬法以來。多認爲債權。苟租賃人之所有人有變更時。承租人不得以租賃權。對抗新所有人。在學說上。以買賣破壞租賃之原則稱之。嗣後德、法、日等國立法例。雖尚以租賃權爲債權。但因保護承租人起見。對於上述原則。其不設有例外規定。（註三參照）德國學者。且盛唱買賣不破壞租賃之說矣。其認爲物權者。則唯奧國民法。又奧國民法亦於登記後認爲物權（奧民一〇九五條）

【註二】形成權者。謂依自己之一方行爲。得使發生一定法律效果之權利也。此種名稱。創自麥克爾氏。(Seckel)近代學界。多沿用之。其權利內容。在創設、變更或消滅他項權利。卽以爲手段

。而形成一定法律關係。其行使方法。在依自己之一方行爲。其發生根據。有僅出於法律規定者。如撤銷權抵銷權是。有僅出於法律行爲者。如先買權是。有出於法律規定及法律行爲者。如解除權是。要之必先有基本權。謂其結果以取得可能實行之法律上地位。始發生形成權。但一經發生。則成爲獨立之一種權利。非復基本權之構成內容矣。學者因觀察方面不同。而名稱亦異。有自可能實行之法律地位言之。稱爲可能權。底特耳曼氏（Zitelmann）唱之。有自其爲創設、變更或消滅他項權利手段言之。稱爲變極權或變動權。參爾威氏（Hellwig）唱之。至如租賃權。原有租賃關係之基本權。因出租人負應許使用收益之義務。承租人據以取得代行租賃所有人使用收益權之法律上地位。嗣後僅依自己之一方行爲。即得享有代行使用收益權之權利。自爲一種形成權。由是觀之。租賃權乃租賃契約之結果。但一經發生。即爲獨立之權利。非復租賃關係之構成內容。故租賃契約。雖爲債權關係。而租賃權。則另爲一種形成權。非復債權關係矣。

租賃對於第三人之效力

二　租賃之對外效力　租賃契約。原係債權關係。僅有對人的效力。似不得對出租人以外之第三人。主張權利。但租賃權之發生。雖出於租賃契約之結果。而已獨

立成爲一種形成權。非復債權關係。（參照前註二）乃承租人代行租賃物所有人使用收益權之權利。並非如債權之僅有對人的效力者可比。租賃物之所有人。雖有變更。而其代行關係。仍可繼續無異。蓋承租人在一定期限內。非繼續承租。難達租賃之目的。若動因租賃物上物權之變更。租賃輒被阻礙。則匪特租賃效用。難於發揮。而租賃人事出意外。亦難免受損。故我民法爲保護承租人起見。規定租賃物上物權。雖有變更。而租賃關係。仍可繼續。並不受其影響也。【註三】茲述於左：

所有人雖有變更而租賃契約仍猶存續

1　出租人將租賃物之所有權讓與第三人時　出租人交付租賃物於承租人後。即承租人取得租賃權後。出租人縱將其所有權。讓與第三人。其租賃契約。對受讓人。仍繼續存在。（四二五條）即受讓人於承租人之租賃權繼續中。應享有由租賃所生之權利。並負擔由租賃所生之義務。不得主張收回租賃物。以妨害承租人之權利也。

設定物權與租賃權之關係

2　出租人就租賃物設定限制物權時（四二六條）

甲　其設定物權。係以占有爲要件。不得與租賃權併存者。如地上權。典權。質權等。在租賃期限屆滿前。不得發生效力。

乙　其設定物權。僅有限制承租人使用收益之效力者。如地役權是。該物權取得人。於不侵害承租人使用收益之限度。雖可行使權利。然涉及侵害承租人使用收益之行爲。承租人卽得請求出租人。除去此妨害。

丙　其設定物權。不以占有爲要件。並不妨礙租賃權者。如抵押權是。此則得有效成立。但因行使結果。新取得抵押不動產之人。仍對之繼續租賃關係。自不待言。

【註三】　考各立法例。關於租賃物上物權有變更時。多設保護承租人之規定。大別爲三。(1)規定租賃地之受讓人。原則上應繼爲出租人者。如德民是。(德民五七一條參照)我民法亦同(2)規定不動產之租賃。如經登記。則對於嗣後取得物權之人。亦生其效方者。如日民瑞債是。(日民六〇五條瑞債二六〇條)(3)不動產之租賃。如經登記。則認爲物權者。如奧民是。(奧民一〇

九五條）

第四款　租賃權之轉讓及租賃物之轉租

租賃權之轉讓及租賃物之轉租

租賃權既爲承租人之權利。似可自由轉讓。並得將租賃物轉租他人。但承租人之資力、性行、職業等項。於租賃物使用收益之方法、程度。頗有出入。承租人究屬何人。於出租人。利害攸關。故各立法例。亦有設限制規定。以資保護者。【註一】茲就我民法分別述之。

【註一】　考外國立法例。頗不一致。大別爲二。（1）限制主義。即規定承租人。非經出租人之承諾。不得轉讓租賃權。並不得轉租者。如德民日民是。（德民五四九條日民六一二條）（2）自由主義。即規定承租人得轉讓租賃權。並得轉租者。如瑞債（二六四條）法民（一七一七條）奧民（一〇九條）是。

租賃權能否轉讓

一　租賃權能否轉讓　我民法關於此點。雖無規定。然據第四四三條。租賃物之轉

租。原則上須經出租人之承諾。轉租尚猶加以限制。而租賃權之轉讓。未經明定。必更在禁止之列矣。

轉租以須經承諾爲原則

二　租賃物之轉租　轉租云者。承租人於自己所有租賃權之範圍內。約使次承租人。使用收益其租賃物之契約也。我民法倣德日立法例。加以限制。卽承租人。非經出租人承諾。不得將租賃物。轉租於他人。但租賃物爲房屋。其承租人。將其一部轉租於他人者。毋庸經出租人之承諾。若承租人將房屋全部轉租。或原有須經承諾之特約。則仍須經出租人之承諾。（四四三條一項）

1　合法轉租　卽轉租業經出租人承諾。或房屋一部轉租。毋庸經承諾者是也。其效果如左。

甲　承租人與次承租人間　宜各依其次租賃契約所定。享權利。負義務。固不待言。

乙　承租人與出租人間　卽承租人與出租人之租賃關係。仍爲繼續。其因次承

租人應負責之事由所生之損害。由承租人負賠償責任。(四四四條) 蓋以出租人與次承租人間。並無契約關係故也。

2 不合法轉租　即承租人違反應經承諾之規定。將租賃物轉租於他人者是也。在此情形。出租人得終止契約。(四四三條)

第四節　租賃契約之終了

租賃乃繼續的法律關係。須遇有左列原因。始告終結。

期限之屆滿

一　期限之屆滿　租賃定有期限者。其租賃關係。於期限屆滿時消滅。(四五〇條一項)

默示之繼續

二　默示之繼續　租賃期限屆滿後。承租人仍為租賃物之使用收益。而出租人不即表示反對之意思者。視為以不定期限繼續契約。(四五一條)

應先期通知之終止

三　終止契約(應先期通知者)　即得終止契約。並應先期通知者是也。

1 租賃未定期限者。除有利於承租人之習慣。應從其習慣外。各當事人得隨時

終止契約。並應先期通知。（四五〇條二項三項）

2　租賃定有期限者。固不得任意終止契約。但有左列例外。

甲　承租人死亡者。租賃契約。雖定有期限。其繼承人仍得終止契約。並應先期通知。（四五二條）

乙　定有期限之租賃契約。如約定當事人之一方。於期限屆滿前。得終止契約者。該當事人得終止契約。並應先期通知。（四五三條）

在此兩種情形。其契約終止時。如終止後始到期之租金。出租人已預先受領者。應返還於承租人。（四五四條）

3　通知之期限　上述終止契約。均須先期通知。而先期通知之期限若何。則應依習慣定之。但不動產之租金。以星期、半個月、或一個月定其支付之期限者。出租人應以歷定星期、半個月、或一個月之末日。為契約終止期。並應至少於一星期、半個月、或一個月前通知之。（四五〇條三項）

一定原因之終止

四　終止契約（毋庸先期通知者）　卽法律規定於一定原因時。得終止契約是也。（四三〇條一項四三五條二項四三八條二項四四〇條一項四四三條二項）

租賃物之滅失

五　租賃物之滅失　租賃物全部滅失時。租賃契約。當然終止。其滅失出於應歸責於出租人之事由者。則由出租人任債務不履行之責。若出於應歸責於承租人之事由者。則由承租人負債務不履行（違反保管義務）或侵權行爲之責。

一般消滅原因

六　一般消滅原因　如解除條件之成就。或意思表示之撤銷等是也。

第五節　耕作地之租賃

耕作地租賃

租用耕作地者。必係貧弱農民。在社會政策上。應特別保護。故耕作地之租賃。不僅民法上設有特別規定。而土地法上。亦復設有耕地租用一節。又土地法對於民法居於特別法之地位。倘兩牴觸時。應適用土地法之規定。蓋以特別法之適用。先於普通法也。

何謂耕作地租賃

一 耕作地租賃之意義 以自爲耕作爲目的。約定支付租金。使用他人農地者。斯爲耕作地租賃。（土地法一七一條一項）據民法租賃之規定。固專指耕作而言。但依土地法之規定。則包括收畜在內（土地法一七一條二項）

租金之最高額

二 租金之最高額 耕作地租賃之租金。據民法之規定。固由當事人自由約定。別無限制。但依土地法之規定則設有最高額之限制。即不得超過耕作地正產物收獲總額千分之三百七十五。當事人所約定。超過千分之三百七十五者。應減爲千分之三百七十五。不及千分之三百七十五者。依其約定。（土地法一七七條一項）

禁止押租

三 租金預收及押租之禁止 出租人不得預收租金。並不得收取押租。（土地法一七七條二項）蓋恐地主利用其經濟上優越地位。壓迫貧弱農民。締結不利承租人之契約。故設此禁止規定也。

租金之一部支付

四 租金之一部支付 承租人不能按期支付應交租金之全部。而先以一部支付時。出租人不得拒絕收受。承租人亦不得因其收受。而推定爲減租之承諾。（土地法一七九條）

租金之減免

五　租金之減免　耕作地之承租人。因不可抗力。（如水災旱災是）致其收益減少或全無者。得請求減少或免除租金。（四五七條一項）蓋耕作地之承租人。係貧弱農民。應予保護。且我國舊日。亦有此習慣也。此項減免租金之請求權。係形成權。毋庸有出租人之承諾。又事關公益。亦不得預先拋棄也。（四五七條二項）

禁止轉租

六　轉租之禁止　耕作地之承租人。能否將耕作地轉租於他人。據民法之規定。僅有須經出租人承諾之限制。並非絕對禁止。（四四三條參照）但依土地法之規定。則絕對禁止轉租。即承租人。縱經出租人之承諾。仍不得將耕作地全部或一部轉租於他人。（土地法一七四條）蓋欲以革除舊日包租、莊頭之陋習也。

法定留置權之限制

七　法定留置權之限制　耕作地出租人。就租賃契約所生之債權。對於承租人之動產。置於該耕作地者。有留置權。（四四五條參照）但土地法為保護農民之生產力起見。設有限制規定。即出租人對於承租人耕作上必需之農具、牲畜、肥料、及其農產物。不得行使民法第四百四十五條規定之留置權。（土地法一八五條）

八　承租人之特別改良權　特別改良云者。乃於保持耕作地原有性質及效能外。以增加勞力資本之結果。致增加耕作地生產力或耕作便利之謂也。承租人於特別改良。得自由爲之。但特別改良費之數額。應卽通知出租人。（土地法一七六條）

（特別改良權）

九　承租人之先買權　出租人出賣耕作地時。承租人依同樣條件。有優先承買之權。（土地法一七三條）

（先買權）

十　租賃契約之終了　土地法關於耕作地租賃契約之終了。多另有規定。故多不適用民法之規定。茲分別說明之。

1　定有期限之契約　依定有期限之契約。租用耕作地者。於契約屆滿時。除出租人收回自耕外。如承租人繼續耕作。視爲不定期限繼續契約。（土地法一七二條）故契約期限屆滿時。原則之理論上。其租賃關係。固歸消滅。但承租人如繼續耕作。則除出租人收回自耕外。不問出租人有無反對之意思表示。均使爲不定期限。繼續契約。實際上多成爲期限雖滿。而契約仍猶繼續。此則與民法所定繼續契約。須

（有期限者期限雖滿仍多繼續）

出租人不表示反對之意思者異矣。(四五一條參照)

不定期限者不得隨時終止

2　不定期限之契約　耕作地租賃契約。未定期限者。除具備法定原因外。不得終止。此則與普通租賃契約。得隨時終止者。大不相同。(四五〇條二項參照)

無終止原因必至永續

甲　終止原因　民法關於不定期限之耕作地租賃契約。固已規定其終止原因。(四五九條)但土地法復規定其終止原因。(土地法一八〇條)依特別法之適用。先於普通法之原則。自應適用土地法之規定。據土地法之規定。此項契約。僅限於有下列情形之一者。得終止之。卽(一)承租人死亡而無繼承人時。(二)承租人拋棄其耕作權時。(三)出租人收回自耕時。(四)耕地依法變更其使用時。(五)違反民法第四百三十二條及第四百六十二條第二項之規定時。(卽違反保管義務或附屬物之補充責任者)(六)違反土地法第一百七十四條之規定時。(卽轉租於他人者)(七)租金積欠達二年之總額時等是也。(土地法一八〇條)由此言之。承租人得由拋棄耕作權。自由終止契約。(通俗所謂退租)而出租人則除有上述法定原因外。不得終止契約。(通俗所謂撤租)如無

上述法定原因。而承租人又不終止契約。則其租賃關係。必至永續矣。所以如斯規定者。蓋務使耕者得長期享有耕作權。以保護貧弱農民也。

乙 終止之時期 出租人終止契約。如因收回自耕。又或因承租人違反保管義務或附屬物補充責任者。出租人應於一年前通知承租人。（土地法一八三條）如因其他上述法定原因者。應以收益季節後、次期作業開始前之時日。爲契約之終止期。（四六〇條）至於承租人拋棄其耕作權利。自行終止契約者。應於三個月前向出租人以意思表示爲之。（土地法一八一條參照）惟非因不可抗力。繼續一年不爲耕作者。視爲拋棄耕作權利。（土地法一八二條）

孳息及費用之償還

十一 孳息及費用之償還 耕作地之承租人。因租賃關係終止時。未及收獲之孳息及所支出之耕作費用。得請求出租人償還之。但其請求額。不得超過孳息之價額。（四六一條）又因土地法第一百八十條第二第三第五第六各款。契約終止。返還耕地時。承租人得向出租人。要求償還其所支出之耕作地特別改良費。但其請求額。不得超

過現存效能部分之價值。（土地法一八六條）所謂土地特別改良費者。因特別改良所投勞力資本之費用也。（土地法一七六條參照）

再承租權

十二　承租人之再承租權利　收回自耕之耕地。再出租時。原承租人有優先承租之權。自收回自耕之日起。未滿一年。而再出租時。原承租人得以原租用條件承租。（土地法一八四條）

附屬物

十三　耕作地之附屬物　耕作地之使用收益。或附有農具、牲畜、取水器具之類。此等物件。在經濟上。與耕作地有密切之關係。故作爲耕作地之附屬物。

1　附屬物之範圍　耕作地之租賃。附有農具、牲畜、或其他附屬物者。當事人應於訂約時。評定其價值。並繕具清單。由雙方簽名。各執一份。（四六二條一項）

2　補充責任　清單所載之附屬物。如因可歸責於承租人之事由而滅失者。由承租人負補充之責任。如因不可歸責於承租人之事由而滅失者。由出租人負補充之責任。（四六二條二項三項）

3　返還責任　耕作地之承租人。依清單所受領之附屬物。應於租賃關係終止時。返還於出租人。如不能返還者。應賠償其依清單所定之價値。但因使用所生之通常折耗。應扣除之。（四六三條）

第六章　使用借貸（民法四六四條以下德民五九五條以下瑞債三〇五條以下法民一八七四條以下日民五九三條以下）

第一節　使用借貸之性質

使用借貸之定義

使用借貸云者。當事人一方。（貸與人）約以物無償貸與他方（借用人）使用。而他方約於使用後。返還其物之契約也。（四六四條）

使用借貸係片務契約

一　使用借貸係片務契約　在使用借貸契約。貸與人負聽許使用義務。而借用人亦負返還義務。其當事人雙方。雖均負義務。然非有對價關係。自非雙務契約。

使用借貸係要物契約

二　使用借貸係要物契約　使用借貸契約之生效力也。於合意外。更須交付借用

物。（四六五條）故使用借貸。爲要物契約。自與消費借貸同。而與租賃異也。

使用借貸係無償契約

三　使用借貸係無償契約　此卽與租賃所以區別之要點也。但亦如贈與。雖附有負擔。仍不失爲無償也。

使用借貸。與好意的使用許可。不可混同。蓋好意的使用許可。僅係以社交的意思。聽由使用。並非如使用借貸。在當事人間。有使權利義務發生之效果意思也。

物之無償使用

四　使用借貸。係貸與人。約使爲物之使用之契約也。

1　使用借貸之標的物　須以物爲限。故以權利之無償使用爲標的之契約。僅爲使用借貸之一種無名契約。又消費物。原則上不得以爲使用借貸之標的。又物之一部。得成立使用借貸。以及非貸與人自己所有之物。公有物等。亦不妨成立使用借貸。

2　使用借貸在使爲使用　使用者。謂不毀損滅失而利用其物也。使用借貸。僅以使用爲其內容。此亦與租賃以使用收益二項爲內容者不同。然以特約明定。兼

使收益。亦無不可。【註一】

【註一】考德民（五九八條）瑞債。（三〇六條）均僅以使用一項。定爲使用借貸之內容。我民法倣之。惟日民則以使用收益二項定爲使用借貸之內容。

返還原物

五　使用借貸。係借用人。約於使用後返還之契約也　故借用人。使用借用物後。對於貸與人。負返還原物之義務也。

第二節　使用借貸之效力

第一款　貸與人之義務

貸與人之義務

聽許使用之義務

一　聽許使用之義務　使用借貸之貸與人。僅負聽許使用之消極義務。即對於借用人之使用。不應妨害而已。並非如租賃之出租人。須更負使得合於約定使用收益之積極義務。故出租人雖負擔修繕義務。而貸與人則不負擔此義務也。

貸與人依事實的行爲。或法律的處分。而妨害借用人之使用時。即係違反上述義務。此項義務。乃不作爲之債務。故應任債務不履行之責。

以不負擔保責任爲原則

二　擔保責任　借用物之權利。原有瑕疵。或借用物。存有瑕疵時。貸與人不負擔保責任。蓋以使用借貸。爲無償契約。應以不負擔保責任爲原則也。但有例外。即貸與人故意不告知借用物之瑕疵。致借用人受損害者。負賠償責任。（四六六條）

第二款　借用人之權利義務

借用人之權義

使用之範圍

一　使用之範圍　借用人對於借用物。固有使用之權利。但其使用。亦應遵守一定範圍。故借用人應依約定方法。使用借用物。無約定方法者。應以依借用物之性質而定之方法使用之。又借用人非經貸與人之同意。不得允許第三人使用借用物。（四六七條）借用人倘爲上述範圍以外之使用。或未經貸與人之同意。允許第三人使用借用物。則貸與人得終止契約。（四七二條二款）

保管義務

二　借用物之保管義務　借用人就借用物爲使用後。應返還借用物。故自受領交付時起。迄返還時止。應以善良管理人之注意。保管借用物。倘違反此項義務。致借用物毀損滅失者。應負擔損害賠償責任。但依約定之方法。或依物之性質而定之方法。使用借用物致有變更或毀損者。不負責任。(四六八條)又貸與人之此項損害賠償請求權。因六個月間不行使而消滅。並自受借用物返還時起算其期間。(四七三條)

負担保管費之義務

三　負擔通常保管費用之義務　借用人因使用借用物。其所支出之通常保管費用。應自行負擔。借用物爲動物者。其飼養費亦同。(四六九條一項)蓋借用人無償使用。而受利益。故應使負擔此項費用。以期公允也。又借用人因使用借用物。曾增加工作物者。得取回之。但應回復借用物之原狀。(四六九條二項)借用人之此項取回權。因六個月間不行使而消滅。並自借貸關係終止時起算其期間。(四七三條)

返還原物之義務

四　借用物返還之義務　返還義務。乃使用借貸之法定要件。若無此義務。則該契約無由成立也。

1 返還之物體　借用人所返還者。應係所領受之原物。其自然的增加者。並以增加狀態而返還之。惟增加之工作物。得由借用人取回。業經述明。

2 返還之時期　其返還之時期如下（1）借貸定有期限者。應於所定期限屆滿時返還借用物。（2）未定有期限。而定有使用之目的者。應於其使用完畢時返還之。但經過相當時期。可推定借用物已使用完畢者。貸與人亦得爲返還之請求。（3）借貸未定期限。又未定使用之目的。不能據以定返還時期者。貸與人得隨時請求返還借用物。（四七〇條）

連帶責任

五 借用人之連帶責任　數人共借一物者。對於貸與人。應連帶負其責任。（四七一條）

第三節　使用借貸契約之終了

期限之屆滿

一 期限之屆滿　借貸定有期限者。其借貸關係。於期限屆滿時消滅。又借貸定有使用之目的者。其使用完畢時亦同。（四七〇條參照）再借用人拋棄期限利益時。其借貸關

係。亦歸消滅。自不待言。

終止契約

二　終止契約　貸與人於有左列情形之一者。得終止契約。(四七二條)

1　貸與人因不可預知之情事。自己需用借用物者。

2　借用人違反約定或依物之性質而定之方法。使用借用物。或未經貸與人同意。允許第三人使用者。

3　因借用人怠於注意。致借用物毀損。或有毀損之虞者。

4　借用人死亡者。

一般原因

三　一般消滅原因　即應依一般法律行為之消滅原因。而歸於消滅也。

第七章　消費借貸(民法四七四條以下德民六〇九條以下瑞債三一二條以下法民一八九二條以下日民五八七條以下)

第一節　消費借貸之性質

消費借貸之定義

消費借貸云者。當事人一方（貸與人）約移轉金錢或其他代替物之所有權於他方。（借用人）而他方約以種類、品質、數量相同之物返還之契約也。（四七四條）

消費借貸係要物契約

一　消費借貸係要物契約　消費借貸契約之生效力也。於合意外。更須實行交付。（四七五條）故消費借貸。爲要物契約。自與使用借貸同。而與租賃異也。【註一】

【註一】　定消費借貸爲要物契約。係自羅馬法。嗣後各立法例均多仿之。（德民六〇七條法民一八九二條奧民九八三條日民五八七條）惟瑞債則獨以爲諾成契約也。（瑞債三一二條）

消費借貸係片務契約

二　消費借貸係片務契約　貸與人交付金錢或其他代替物於借用人。並移轉其所有權時。消費借貸。始生效力。嗣後僅借用人負返還義務。而貸與人不負何等義務。故爲片務契約。

消費借貸係有償或無償契約

三　消費借貸係無償或有償契約　消費借貸。附有利息者。爲有償契約。其未附利息者。爲無償契約。

消費借貸係不要式契約

四　消費借貸係不要式契約　消費借貸之成立。在當事人間。祇須有意思表示而已

契約。不拘何種方式。故爲不要式契約。

金錢或代替物之交付

五　消費借貸係貸與人交付金錢或其他代替物於借用人。並移轉其所有權之契約也。

1　消費借貸之標的物。係以代替物爲限。

甲　一般交易上。着眼其物之種類、品質、數量者。謂之代替物。例如金錢、穀米、疋頭、油鹽之類是。在消費借貸。借用人之返還。須以種類、品質、數量相同之物。其以代替物爲限。自不待言。

乙　消費借貸之標的物。固以代替物爲限。然交付代替物以外之物。亦得變更爲消費借貸。其情形大別爲二。卽（1）將代替物以外之物。折算金錢。就其價額。以爲消費借貸。此乃由借用人承買該物。再將其支付價金債務。變爲消費借貸上之返還債務也。（2）或使借用人出賣標的物於他人。再就其所賣價金。以爲消費借貸。在此情形。必須出賣後。其消費借貸。始可成立也。

2 消費借貸之標的物。必須交付。

甲 標的物之交付。通常固多由貸與人直接交付於借用人。但使第三人間接交付。或簡易交付。（七六一條一項但書參照）或讓與返還請求權以代交付。（七六一條三項參照）均無不可。

乙 交易上視同交付之事實。例如銀行之撥劃。郵局匯票之交付等。在交易上。視同交付現金者。亦應包含在交付之內。

標的物所有權之移轉

3 消費借貸之標的物。須由貸與人。將其所有權。移轉於借用人。貸與人不僅應交付標的物於借用人。並應將其所有權。移轉於借用人。使借用人取得其所有權。蓋消費借貸之目的。在使借用人得消費或處用原交付之物。故應使借用人取得其所有權也。至移轉所有權之方法。通常固多出於貸與人與借用人間之所有權讓與行爲。但出於第三人與借用人間之所有權讓與行爲。或因借用人之善意占有而取得所有權。（九四八條參照）均無不可。

返還同種同等同量之物

六　消費借貸。係由借用人。約以種類、品質、數量、相同之物。而爲返還之契約也。　借用人債務之內容。在以種類、品質、數量相同之物。而爲返還。並非返還貸與人原交付之物。此卽與租賃、使用借貸所以均異也。

消費借貸以無利息爲原則

借用人於返還債務外。更負利息債務者。爲有償消費借貸。其不負利息債務者。爲無償消費借貸。在有償消費借貸。並應準用買賣之規定。（三四七條）又消費借貸。以無償卽無利息爲原則。（四七六條參照）必須有特約。或商業界另有習慣。始爲有償。卽應付利息也。

第二節　消費借貸之效力

第一款　貸與人之擔保責任

貸與人何以負擔保責任

一　擔保責任認許之理由　消費借貸。爲片務契約。貸與人方面。並不負何等義

務。業經述明。惟法律爲顧全交易信用。特使貸與人負擔保責任。此項責任。乃出於法律之規定。並非消費借貸應生之義務。故消費借貸。仍係片務契約也。又有償消費借貸。固認有擔保責任。而無償消費借貸。則以不認許爲原則也。

有償時之擔保責任

二　有償消費借貸之擔保責任　消費借貸。約有利息或其他報償者。如借用物有瑕疵時。貸與人應負瑕疵擔保責任。卽貸與人應另易以無瑕疵之物。倘借用人因此致受損害時。並得請求損害賠償。（四七六條一項）蓋借用人特付報酬。原欲享受物之利用。倘借用物存有瑕疵。減少其利用價值。在借用人。甚爲不利。故使貸與人負此項擔保責任。以保護之。但借用人於消費借貸契約成立當時。知有瑕疵者。貸與人不任其責。（三五五條參照）

無償時以不負擔保責任爲原則

三　無償消費借貸之擔保責任　消費借貸爲無報償者。如借用物有瑕疵時。原則上貸與人不負瑕疵擔保責任。借用人得照有瑕疵原物之價值。返還貸與人。（四七六條二項）卽祇返還有瑕疵原物之價值。不必返還現物。倘有同等瑕疵之物。以現物返還。亦

無不可。蓋借用人僅須返還同種同等同量之物。本可返還同等瑕疵之物。且無償消費借貸。爲貸與人示恩之舉。同乎贈與。亦不應負擔保責任也。但貸與人故意不告知瑕疵者。借用人得請求損害賠償。（四七六條三項）

第二款　借用人之義務

借用人之義務

返還義務

一　返還義務　返還爲借用人之主要義務。玆述於左。

返還之標的物

1　返還之標的物　借用人僅須返還種類、品質、數量相同之物。並非返還貸與人交付之原物。業經述明。但尚有左列應注意事項。

甲　現物返還不能者　借用人不能以種類、品質、數量相同之物返還者。應以其物在返還時返還地所應有之價值償還之。若返還時或返還地未約定者。則以其物在訂約時或訂約地之價值償還之。（四七九條）

乙　金錢返還之特則　金錢借貸之返還。除契約另有訂定外。應依左列規定。

(四八〇條)

A　以通用貨幣爲借貸者。如於返還時。已失其通用效力。應以返還時有通用效力之貨幣償還之。

B　金錢借貸。約定折合通用貨幣計算者。不問借用人所受領貨幣價格之增減。均應以返還時有通用效力之貨幣償還之。

C　金錢借貸。約定以特種貨幣爲計算者。應以該特種貨幣。或按返還時返還地之市價。以通用貨幣償還之。

返還之時期

2　返還之時期(四七八條)

甲　消費借貸。定有返還期限者。借用人應於約定期限內返還之。

乙　消費借貸。未定有返還期限者。則借用人得隨時返還。貸與人亦得定一個月以上之相當期限。催告返還。

返還之處所

3　返還之處所　借用人之返還標的物。除法律另有規定。或契約另有訂定。或

另有習慣外。應於貸與人之住所地爲之。（三一四條二款參照）

付貸時始負付息之義務

二　支付利息之義務　借用人在有償消費借貸。始負此項支付義務也。

利息之數額

1　利息之數額　利息或其他報酬之數額。因得由當事人約定之。但不得違反禁止高利之規定。（二〇九條參照）自不待言。故以貨物折算金錢而爲借貸者。縱有反對之約定。仍應以該貨物按照交付時交付地之市價所應有之價值。爲其借貸金額（四八一條）蓋恐虛折高價。以規避禁止高利之規定也。

付息之時期

2　支付之時期（四七七條）

甲　消費借貸。定有支付期限者。其利息或其他報償。應於契約所定期限支付之。

乙　消費借貸。未定有支付期限者。應於借貸關係終止時支付。但其借貸期限逾一年者。應於每年年終支付之。

第八章　僱傭（民法四八二條以下德民六一一條以下瑞債三一九條以下法民一七〇八條一七七九條以下日民六二三條以下）

第一節　僱傭之性質

僱傭之定義

僱傭云者。當事人一方。（受僱人）約於一定或不定之期限內。爲他方（僱用人）服勞務。而他方約付報酬之契約也。（四八二條）

僱傭係服勞務之契約

一　僱傭者。受僱人約爲僱用人服勞務之契約也。

1　以服勞務爲目的之契約也　服勞務云者。受僱人爲僱用人供給其勞務之謂也。至勞務之種類。法無限制。既不問物質的或精神的。又不論法律的或事實的。均無不可。【註一】

【註一】　考羅馬法、德普通法、法民法、日舊民法。僅以低級勞務。爲僱傭之目的。而高級勞務。如教師、醫生、僧侶、律師等之勞務。則以爲委任之目的。故其報酬。不稱爲勞銀。而稱爲謝儀

。但德民法則明定無論何種勞務。均得以爲僱傭之目的。（德民六一一條二項）

2　僅以服勞務本身爲目的之契約也　此即與承攬、委任所以異也。蓋僱傭、承攬、委任等。雖均係廣義之供給勞務契約。而承攬之目的。在工作之完成。委任之目的。在事務之處理。其供給勞務。係以爲手段。圖達一定之目的。至於僱傭。僅在供給勞務。並無其他目的。故僱傭可謂爲狹義之供給勞務契約也。

僱傭係支付報酬之契約

二　僱傭者。僱用人對於受僱人之供給勞務。約付報酬之契約也。

1　僱傭常係有償契約及雙務契約。蓋以報酬與供給勞務。有對價的關係故也。

2　報酬之合意　支付報酬。爲僱傭契約不可缺之要件。其報酬之存在。多出於當事人間明示的或默示的之合意。

3　有償之視爲　當事人間雖無報酬之合意。而依供給勞務人之身分、職業、以及交易上習慣等情形。非受報酬。即不服勞務者。視爲允與報酬。（四八三條一項）

4　報酬之種類　報酬固常多以金錢給付。然亦有給付其他財產上之價值者。如

給與現物或供給勞務。均無不可。故學徒契約。亦一種僱傭契約也。

5　報酬之數額　報酬之數額。固由當事自由約定。然有勞動協約時。則該協約所定額爲最低工資額。

6　報酬數額決定之標準　報酬數額之計算方法。有依勞働時間者。有依工作多寡者。按承攬之報酬。常依工作多寡。而僱傭之報酬。則多依勞働時間。民法規定。亦以適用於時間工資者居多。但僅係普通狀態而已。仍不妨以工作多寡而定報酬額也。

僱傭未定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付。（四八三條二項）

7　特種報酬之種類　僱傭之報酬。固多按勞動時間或工作多寡支給之。但此外尙有所謂花紅、提成、津貼、酬勞等項。亦不失爲僱傭之報酬也。

三　僱傭係諾成契約及不要式契約　蓋僱傭契約。其雙方當事人。對於僱傭要點。意思一致時。即行成立。並不以完結其他給付。爲其成立要件。自係諾成契約。又

僱傭係諾成及不要式契約

其成立。毋庸履行一定之方式。其爲不要式契約。亦甚顯然。但其他特別法。因保護勞動者。關於僱傭之成立。特設取締規定者。亦復不少。

四　關於僱傭應注意事項

勞動協約

1　勞動協約　勞動協約。亦稱爲共同勞務契約。即僱用人與受僱人間。或僱用人團體與受僱人團體間。所締結之契約。據以規定將來締結僱傭契約之條件也。訂有此項協約者。將來締結僱傭契約時。必須遵守。若有牴觸。則該牴觸部分無效。而以協約之規定補充之。又此項協約之締結。必須以文件方式行之。（一九年一〇月二八日公布團體協約法一條一六條瑞債三二二條三二三條一九一八年一二月二三日德國勞動協約令參照）

身分保證契約

2　身分保證契約　身分保證契約。乃第三人（保證人鋪頭之類）與僱用人間。於僱傭之際所締結之契約。約定將來僱用人。因受僱人之行爲。致受損害。即由該第三人。負擔保之責也。此項契約。實所常有。在法律別無規定。故其性質及效力若何。應依當事人之意思決定之。

身分保證金

3　身分保證金　身分保證金者。乃於僱傭之際。爲確保將來受僱人因僱傭關係應負擔之損害賠償債務。而交付僱用人之金錢也。其交付人。或爲受僱人。或爲第三人。其交付之契約。謂之身分保證金契約。至其內容及效力若何。均由當事人任意定之。

第二節　僱傭之效力

第一款　受僱人之義務

勞務供給之義務

一　勞務供給之義務　受僱人應服勞務。爲其主要義務。前經述明。茲更述其應注意者於左。

1　債務之內容　勞務之內容。由契約定之。交易上之習慣及訂約時之情況。亦足爲解釋契約意旨之資料。故受僱人應依契約本旨。服其勞務也。（三〇九條參照）若僱

用人之要求。逾越此範圍者。則得拒絕之。

2 履行之責任　受僱人應以善良管理人之注意。依誠實信用之原則。服其勞務。故不供給勞務。或因其應負責之事由。而爲不完全之供給者。應負債務不履行之責。

受僱人對於僱用人。在普通勞務之供給。多應聽其指揮。故於不違反公序良俗之範圍內。常有服從義務。但在高級的勞務。則非必有此義務。

3 關於勞務供給之特約　例如禁止漏洩祕密、禁止競業行爲、違約金等、特約是也。此等特約。於不違反公序良俗之範圍內。自應有其效力。

特別勞務之確保

二　特別勞務之確保義務　僱用人因需要技術的專門的之特別勞務。而僱用時。受僱用人明示或默示保證其有特種技能者。自應供給該種特別勞務。如無此種技能。則應負債務不履行之責。僱用人並得終止契約。（四八五條）

勞務之專屬性

三　勞務義務之專屬性　僱傭契約與當事人其人。頗有密切關係。故關於其專屬性

。設有二種規定。

1　勞務讓與　僱用人非經受僱人同意。不得將其勞務請求權。讓與第三人。（四八四條一項前段）

2　代服勞務　受僱人非經僱用人之同意。不得使第三人。代服勞務。（四八四條一項後段）但僅以第三人補足自己。則無不可。

僱用人之受領遲延

四　僱用人受領遲延　僱用人受領勞務遲延者。受僱人無補服勞務之義務。即雖未供給勞務。仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用。或轉向他處服勞務所取得。或故意怠於取得之利益。僱用人得由報酬額內扣除之。（四八七條）

第二款　僱用人之義務

支付報酬之義務及支付時期

一　支付報酬之義務　僱用人對於受僱人。負支付報酬之義務。其種類、數額等項。前經述明。茲更就其支付時期。敍述於左。（四八六條）

1 當事人以特約定有報酬給付期限者。依約定之期限給付之。

2 無約定者。依習慣上之時期給付之。

3 無約定。亦無習慣者。則分別情形。依下列時期給付之。即（一）報酬分期計算者。應於每期屆滿時給付之。（二）報酬非分期計算者。應於勞務完畢時給付之。

扶助之義務

二 扶助受僱人之義務 考德瑞各立法例。本於社會政策之理由。使僱用人對於受僱人。負扶助之義務。（德民六一五條以下 瑞債三三二條以下）我民法未設此項規定。想係讓諸特別法也。（如勞動法工場法之類）茲就德民瑞債。述其梗概。以備參攷。

1 保護之設備 僱用人對於勞務執行處所、裝置及器具。應妥爲設備。須足使受僱人之生命健康。不至發生危險。（德民六一八條一項 瑞債三三九條前段）

2 家庭生活 受僱人與僱用人同居時。僱用人所定寢室、衣食、勞動、及休息時間。須適合於受僱人之健康、風紀及信仰。（德民六一八條二項 瑞債三三九條後段）

3 不能服勞務時之報酬　受僱人自己並無過失。因其本身事由於比較至短期間。不能服勞務時。仍得請求報酬。（德民六一六條瑞債三三五條）

4 治療及看護　家庭的受僱人。自己並無過失。而罹疾病時。僱用人應供給治療及看護。但以六星期或僱傭期間內爲限。（德民六一七條瑞債三四四條二項）

第三節　僱傭契約之終了

一　期限之屆滿　僱傭定有期限者。其僱傭關係。於期限屆滿時消滅。（四八八條一項）

二　勞務之完了　僱傭雖未定期限。而依約定勞務之性質或目的。其勞務完了時。僱傭關係。亦歸消滅。（四八八條二項前段反面解釋）

三　終止契約　其情形如左

未定期限之隨時解約

1 僱傭未定期限　僱傭未定期限。又不能依約定勞務之性質或目的。定其勞務完了之時期者。各當事人得隨時終止契約。但有利於受僱人之習慣者。從其習慣

重大事由之解約

。（四八八條二項）

2 遇有重大事由 當事人之一方。遇有重大事由。其僱傭契約。縱定有期限。仍得於期限屆滿前終止之。（四八九條一項）其未定期限者。更得終止。自不待言。至重大事由。如因當事人一方之過失而生者。他方得向其請求損害賠償。（四八九條二項）所謂重大事由者。言有該事由而猶繼續僱傭契約。則社會見解上。必認爲顯然妨害該當事人之利益。且甚不公平之事實也。【註一】茲例示於左。

甲 其事由存於相對人者 例如僱用人。對於受僱人。加以暴行、虐待或重大侮辱。又或僱用人所營事業失敗。恐難支付報酬時。受僱人得聲明終止契約。再受僱人不誠實、無能力、不服指揮、犯罪處刑時。僱用人得聲明終止契約是也。

乙 其事由存於聲明終止之人者 例如僱用人縮小或廢止所營事業時。得聲明終止契約。再受僱人自己罹病或須看護近親時。得聲明終止契約是也。

丙　其事由出於客觀的關係者　例如工場地爲傳染病流行地帶。或勞務給付地。動亂頻仍。生命危險時。自得聲明終止契約是也。

【註一】　德民德商及瑞債。定爲重要原因。（Aus wichtigen Gründen）日民定爲不得已事由。（德民六二六條德商七〇條以下瑞債三五二條日民六二八條）其用語雖異。而解釋則大致相同也。

3　違反勞務專屬性之規定　僱用人不經受僱人之同意。將其勞務請求權。讓與第三人時。受僱人得終止契約。又受僱人不經僱用人之同意。使第三人代服勞務時。僱用人得終止契約。（四八四條二項）

4　違反確保特別勞務之義務。（四八五條）此節前經述明。茲不再贅。

第九章　承攬（四九〇條以下德民六三一條以下瑞債三六三條以下法民一七七九條一七八二條以下日民六三二條俄民二二〇條以下）

第一節　承攬之性質

承攬云者。當事人一方。（承攬人）約爲他方（定作人）完成一定工作。而他方約俟工作完成。給付報酬之契約也。（四九〇條）其法律上之性質如左。

承攬者以完成一定工作爲標的之契約也

一　承攬係承攬人約定完成一定工作之契約。

1　工作之意義　凡依勞務所得發生之結果。謂之工作。

2　工作之種類　勞務所得發生之結果。大別爲二。關於有形的結果者。其一也。如物之造作、物（或人）之運送等是。關於無形的結果者。其二也。如演劇、演奏、學術上之創造、偵探社之報告、疾病之包治等是。我民法於工作之種類。並無限制。無論何種結果。均得爲工作之標的。又其結果。有無財產的價值。亦非所問。

承攬與僱傭之區別

3　工作之完成　工作之完成云者。謂依勞務而發生所預定之結果也。

甲　承攬之勞務以發生結果爲目的　承攬人之供給勞務。非以供給勞務爲目的。乃以發生結果爲目的。而供給勞務不過爲其手段耳。此卽承攬與僱傭所由分

也。故雖供給勞務。而不發生結果時。在原則上。承攬人不得請求報酬。又苟能發生預定之結果。非必須承攬人自盡其勞務。雖使用他人。亦無不可。

乙　完成工作之範圍。依各該契約之內容定之。

承攬與買賣之區別

丙　承攬之目的在完成工作　故承攬契約之目的。在乎創作。(facere) 並非給與。(dare) 此卽承攬與買賣所由分也。

承攬爲有償及雙務契約

二　承攬係定作人約俟工作完成給付報酬之契約　故承攬爲有償契約。並係雙務契約。

1　報酬之合意　給付報酬。爲承攬契約不可缺之要件。其報酬之存在。多出於當事人間明示的或默示的之合意。

2　有償之視爲　當事人間。雖無報酬之合意。而依完成工作人之身分、職業以及交易上習慣等情形。非受報酬。卽不爲完成其工作者。視爲允與報酬。（四九一條一項）

3 報酬之種類　報酬固常多以金錢給付。然亦有給付其他財產上價值者。其餘說明。同乎僱傭。茲不再贅。

4 報酬之數額　報酬之數額。多由當事人。按照工作之多寡。自由約定。其未約定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付（四九一條二項）

5 報酬之給付。係對於工作之完成。故承攬人雖盡勞務。而工作並無結果時。原則上不得請求報酬。此卽承攬與僱傭所以區別之要點。前經述明。

三　附說

工作物供給契約

1 工作物供給契約　工作物供給契約。亦稱爲承攬買賣契約。或承攬供給契約卽承攬人供給之工作物。係以其自己材料所完成之契約也。此項契約。究爲買賣契約。抑爲承攬契約。自來學說。聚訟紛紜。各立法例。亦不一致。【註一】我民法關於此點。並無規定。據予所信。原則上應解釋當事人之意思。以資決定。若意思不明。則應解爲承攬與買賣之混合契約。使分別適用。申言之。卽當事人之

當事人意思不明時認爲一種混合契約

意思。重在工作物財產權之移轉時。認爲買賣。重在工作物之完成時。認爲承攬。若無所偏重。或輕重不分明時。則認爲承攬與買賣之混合契約。關於工作物之完成。使適用承攬之規定。而關於工作物財產權之移轉。則使適用買賣之規定也。

【註一】　馬羅法及德意志普通法。其通說主張應視孰供給材料。以資區別。即主要材料。由承攬人供給者爲承攬。而由定作人供給者。則爲買賣。法國之學說判例亦同。奧國民法。規定先依當事人之意思。以資決定。若意思不明。則以材料所有權爲標準。（奧民一一五八條）日民之學說。略同奧民。德國民法所設規定。原則上固依德意志普通法。然將所完成之工作物。分爲代替物不代替物二種。如所完成者。爲代替物時。使適用買賣之規定。若爲不代替物時。則仍多適用承攬之規定。（德六五一條）

不規則承攬

2　不規則承攬　定作人供給材料。而復約明不妨由承攬人以其他同種材料替代者。在學者間。常以不規則承攬稱之。【註二】此項特約。重在完成。應解爲通常

之承攬契約。【註三】此外易生爭議者。尙有危險負擔。及定作人所供給材料之所有權移轉時期等問題。據予所信（一）定作人所供給之材料。其所有權應自承攬人處分其材料。或以其他同種材料替代時。歸屬於承攬人。【註四】（二）定作人所供給之材料。其毀損滅失之危險。雖經承攬人受領後。仍由定作人負擔。（五〇八條二項參照）必須該材料之所有權。歸屬於承攬人後。始由承攬人負擔【註五】

【註二】例如以白米交與餅舖烙作糕餅。又如以榨油材料。交與榨坊包榨油是。

【註三】不規則承攬究爲純粹承攬契約。抑係承攬與互易之混合契約，頗有爭議。主張後說者。謂關於完成工作之部分。固爲承攬。而關於材料替代部分。則爲互易。但此項契約。重在完成工作故以前說爲當。

【註四】關於定作人所供給材料之所有權移轉時期。其說有三。或謂自承攬人受領該材料之初。其所有權即歸屬於承攬人。或謂自承攬人處分或以他種替代之時。歸屬於承攬人。或謂須俟承攬人交付工作物時。始歸屬於承攬人。

【註五】關於危險負擔。其說有二。或謂自承攬人受領該材料之時起。卽由承攬人負擔危險。或謂須俟該材料所有權移屬於承攬人後。始由承攬人負擔危險。

第二節　承攬之效力

第一款　承攬人之義務

承攬人之義務

完成工作之義務

一　完成工作之義務　承攬人旣約爲定作人完成一定工作。對其所約定工作。自負完成之義務。何謂工作。及何謂完成工作。前經述明。玆僅就完成工作之義務。述其於要點左。

工作之着手及續行

1　工作之着手及續行　關於工作着手之時期。定有特約者。從其特約。如未定有特約。則應從速着手。且着手之後。應依債務之本旨。續行其工作。倘承攬人不着手工作。則定作人得請求其着手。又因強制履行。得行使民法第二百二十七

條所定諸種權利。

工作完成之遲延

2 工作完成之遲延　關於完成工作之期限。定有特約者。承攬人應於約定期限內完成工作。如未定有特約。亦應於相當時期內。完成工作。倘因可歸責於承攬人之事由。致工作不能於約定期限完成。或未定期限。經過相當時期。而未完成者。定作人得請求減少報酬。（五〇二條一項）蓋以完成遲延。係出於承攬人之過失。自應任其責也。此項規定。對於民法第二百三十二條及第二百五十四條。成爲例外。蓋以債務人遲延後之給付。債權人依該二條規定。本得拒絕給付而請求賠償因不履行所生之損害。或解除契約。但承攬人完成工作遲延。則定作人僅得請求減少報酬。故爲例外也。

確定期承攬契約之遲延

在一般承攬契約。其承攬人完成工作遲延時。定作人固僅得請求減少報酬。不得解除契約。業經述明。但在確定期承攬契約。即以工作於特定期限完成或交付爲契約之要素者。如因可歸責於承攬人之事由。致工作不能於特定期限完成或交

付。則定作人仍得解除契約。(五〇二條二項)蓋以確定期承攬契約。非於特定期限完成或交付。無由達其目的。故仍使定作人得解除契約也。(二五五條參照)倘定作人因此致受損害時。更得請求賠償。(二六〇條)

期前遲延之預防

承攬人之負工作完成遲延責任。本自完成期限屆滿時起。(二二九條參照)然在完成期限以前。因可歸責於承攬人之事由。遲延工作。顯可預見其不能於期限內完成者。雖未屆完成期限。定作人亦得解除契約。(五〇三條本文並參瑞債三六六條一項)蓋以與其救濟於事後。曷若預行救濟於事前也。但其遲延。必須於工作完成後。足爲解除契約之原因者。始得據以解除契約。(五〇三條但書)蓋使事前與事後。其救濟務得均衡也。

遲延異議之保留

承攬人因自己過失。致工作完成遲延時。固負遲延之責。但工作遲延後。定作人受領工作時。不爲保留者。承攬人對於遲延之結果。不負責任。(五〇四條)蓋定作人既無異議。則可視爲承認工作之完成。不得復詰責承攬人矣。

工作完成不能

3　工作完成不能　工作完成。因可歸責於承攬人之事由。致全部不能者。定作

不能

人得請求不履行之損害賠償。或解除契約。並請求損害賠償。（二二六條一項二五六條二六〇條參照）僅一部不能者。定作人僅得就其不能部分。行使上述權利。倘其他完成部分。於定作人無利益時。定作人得請求全部不履行之損害賠償。或解除全部契約。並請求賠償。（二二六條二項二五六條二六〇條參照）

工作完成之勞務非必須自己盡之

4　工作完成之勞務　承攬契約。重在工作之完成。苟能完成工作。非必須承攬人自盡其勞務。雖使用他人。亦無不可。【註一】前經述明。但明示的或默示的。約定須承攬人自己從事工作者。以及精神上工作如某種美術品或學術的研究。必須承攬人自己擔任工作者。承攬人應自盡其勞務矣。

以他人爲補助人者

承攬人因完成工作。而使用他人者。其情形得大別爲二。（一）僅用他人爲補助人。而仍由自己指揮其履行者。在此情形。承攬人對於補助人之行爲。當然與自己行爲。負同一責任。【註二】蓋以我民法。明定履行債務之補助人。有故意或過失時。債務人應與自己故意或過失。負同一責任也。（二二四條）【註三】（二）使他

次承攬契約

人承攬其工作之全部或一部者。此之謂次承攬契約。而承攬人原爲之承攬。則稱爲原承攬契約。承攬人對於次承攬人之行爲。亦與自己行爲。負同一責任。蓋以次承攬契約。就內部關係言之。固爲承攬。而就對外關係言之。該次承攬人。固不失爲承攬人之代理人也。(二二四條) 在承攬契約。訂有禁止次承攬之特約者。承攬人對於完成工作。固應自任其指揮監督。但非必即禁止其使用補助人。又縱令違反禁止次承攬之特約。而所結次承攬契約。並非無效。僅承攬人應負債務不履行之責耳。

【註一】 關於此點。自羅馬法以來。學說及各立法例。均屬一致。

【註二】 例如成衣舖之裁縫。燒毀修補之衣服。電行之安設電燈工人。誤毀定戶室內之裝飾品時。應由成衣舖電行負其責任是。

【註三】 關於此點。自德意志普通法以來。議論紛紜。或謂承攬人僅於補助人之選用及監督。自己有過失時。始負責任。或謂承攬人自己雖無過失。亦應負責。我民法及德民。因關於履行債務之

補助人。已設有一般規定。（德民一七八條）解釋上自無疑義。日民雖無明文規定。而學者解釋

仍與我民法同。

材料器具之供給

5　材料器具之供給　工作之材料。究由何人供給。應依承攬契約之內容決之。【註四】然工作之器具。則除有特約外。多由承攬人自己負擔。蓋以完成工作義務。必須使用器具也。

【註四】　附屬材料在習慣上。不無由承攬人當然供給者。例如縫衣之線。應由包作衣服之成衣鋪負擔是。

完成物交付之義務

二　完成物交付之義務　承攬人完成之工作。按工作之性質。有須交付者。有無須交付者。（四九條一項後段同條二項前段五一一條中段參照）要之工作屬於無形的結果者。原則上多無須交付。【註五】而工作屬於有形的結果者。原則上承攬人於完成外。更須將完成物。交付於定作人。【註六】此之謂完成物交付之義務。

【註五】　工作屬無形的結果者。原則上固多無須交付。但不無例外。如學術上之創造是。

【註六】工作為有形的結果者。原則上固多須交付。但不無例外。如修繕房屋或安設機器之承攬是。

附屬的義務

三　附屬的義務　承攬人於承攬契約本來之義務外。更有以特約。另負他種義務者。例如房屋建築公司。代定作人。向警察官署。聲請建築之許可。又如承攬人於定作人之計算。代為購入材料等是也。關於此等義務。自應依委任僱傭等規定。

第二款　承攬人之擔保責任

承攬人之擔保責任

總說

一　總說　承攬為有償契約。關於買賣擔保責任之規定。在承攬契約。固得準用。(三四七條)但民法更就承攬。另設特別規定。【註一】

何謂擔保責任

1　擔保責任之性質　擔保責任云者。承攬人關於工作之瑕疵。對於定作人。應任其責也。何謂瑕疵。存於工作之缺點是已。申言之。即據普通交易觀念。認為工作有所應具之價值、效用。或依當事人之意思。約定工作有所應具之品質、效

用。如不具備。必至減滅價値及不適於通常使用。或違背所約定之品質。及不適於約定使用也。(四九二條)

擔保責任之種類

2 擔保責任之種類　工作有瑕疵時。承攬人對於定作人。究應負如何責任。即瑕疵修補義務。損害賠償義務。及解除契約或減少報酬是也。

【註一】工作之瑕疵。有屬於物的瑕疵者。亦有屬於權利瑕疵者。民法所設特別規定。僅爲物的瑕疵。而權利瑕疵。則準用買賣中權利瑕疵擔保之規定。所謂工作之權利瑕疵者。例如承攬人供給材料。完成工作物。並須將其所有權移轉於定作人時。則應擔保第三人就自己移交之工作物。對於定作人。不得主張任何權利是。(三四九條參照)

瑕疵修補之義務

二 瑕疵修補義務　工作有瑕疵者。定作人得定相當期限。請求承攬人修補之。(四九三條一項)如承攬人不於定作人所定相當期限內修補者。定作人得自行修補。並得向承攬人。請求償還修補必要之費用。(四九三條二項)蓋以承攬人有爲完全給付之義務。若有瑕疵。定作人自得請求其修補也。(二二七條參照)但修補所需費用過鉅者。承攬人得

拒絕修補。（四九三條三項）蓋得不償失。在國家經濟上。殊不利益。而強使修補。於承攬人。亦未免過刻。故在此情形。定作人僅得解除契約。或請求減少報酬。如承攬人有過失時。更得請求賠償損害而已。（四九四條四九五條參照）所謂費用過鉅。乃就修補所需財產的損失。與修補所得利益。兩相比較。以資決定也。

解除契約或請求減少報酬

三　解除契約或請求減少報酬　定作人得解除契約或請求減少報酬者。其情形有三。（四九四條本文）即（一）承攬人不於定作人所定請求修補之期限內。修補瑕疵者。在此情形。定作人須定相當期限。先向承攬人。請求修補。必俟經過相當期限後。而不修補時。始得解除契約或請求減少報酬（二）承攬人因修補所需費用過鉅。而拒絕修補者。（三）因工作之性質。其瑕疵不能修補者。在此情形。定作人毋庸經請求修補之程序。得逕行解除契約。或請求減少報酬。

定作人在上述三種情形。得解除契約或請求減少報酬。此二種方法。由定作人選擇行之。蓋定作人意在受領完全之給付。故工作有瑕疵時，使得解除契約。而拒絕

受領。然工作雖有瑕疵。而定作人亦有不願解約者。故又許其比例瑕疵之程度。得請求減少報酬。以上所述。係屬原則。不無例外。卽在例外情形。僅可請求減少報酬。不得解除契約是也。（四九四條但書）

在例外情形僅得減少報酬

1　輕微瑕疵　工作之瑕疵。非重要者。定作人不得解除契約。蓋微有瑕疵。請求減少報酬。已足保護定作人。故毋庸解除契約。使承攬人受重大損失也。

輕微瑕疵

2　建築物或其他土地上工作物　承攬人所承攬之工作。爲建築物或其他土地上之工作物者。雖有重要之瑕疵。定作人亦不得解除契約。僅可請求減少報酬而已。蓋此種契約之解除。須由承攬人就土地上。拆去工作物。匪特國家經濟上。甚不利益。而在承攬人。亦受損過重。故不許解除契約也。

土地上工作物

四　損害賠償義務　因可歸責於承攬人之事由。致工作發生瑕疵者。卽工作之瑕疵。係出於承攬人之過失者。定作人除依第四九三條及第四九四條之規定。請求修補。或解除契約。或請求減少報酬外。並得請求損害賠償。此乃第四九五條所規定也。

損害賠償義務

。此條規定。究係得請求不履行之損害賠償。以代請求修補。或解除契約。或請求減少報酬。抑僅係同時並得請求損害賠償。不無疑義。就本條之文義解釋言之。固僅指同時並得請求損害賠償而言。但同時並得請求損害賠償。在債編通則中。本有規定。可資依據。（二二七條二六〇條參照）已毋庸重定。且德國法例及我國第二次民草。均規定承攬人於工作之瑕疵。如有過失。則使承攬人負較重責任。而許定作人得請求不履行之損害賠償以代解除契約或請求減少報酬。（德民六三五條我國第二次民草五九五條）而我民法關於承攬之規定。又多採德國法例及第二次民草。故就論理解釋言之。似宜解爲得請求不履行之損害賠償。

擔保責任之排除輕減

五　擔保責任之排除輕減

1　排除責任之特約　關於擔保責任之規定。多係任意法規。故除強行法規（如五〇一條但書是）外。其擔保責任。得由當事人以特約免除或輕減之。但承攬人知工作有瑕疵。故意不告知定作人者。其特約無效。此乃準用關於買

實擔保責任之規定。當然有此結果也。(三四七條三六六條)

2 定作人之材料或指示不適當者　工作之瑕疵。因定作人所供給材料之性質。或依定作人之指示而生者。承攬人不負前述之瑕疵擔保責任。蓋以瑕疵之生。出於定作人之行為。承攬人自不任其責也。但承攬人明知其材料之性質或指示不適當。而不告知定作人者。仍應負其責。(四九六條)蓋以承攬人。應誠實履行其債務也。

擔保責任之存續期限

六　擔保責任之存續期限　我民法關於擔保責任之存續期限。應就定作人之行使瑕疵擔保權。(即第四九三條至四九五條所定定作人之權利)分為非難期限及消滅期限。以說明之。所以設此等期限者。蓋恐時期久遠。難於證明。而交易關係。亦宜早日決定。故特設此等極短期限也。

非難期限

1 非難期限　非難期限者。定作人得向承攬人。主張其瑕疵擔保權之期限也。即定作人發見瑕疵。在其期限內者。始得主張瑕疵擔保權。若逾其期限後。雖發

其瑕疵。亦不得主張之是也。此項非難期限。更得分為一般者及特別者。

（A）　一般非難期限　在一般工作之承攬。定作人之非難期限。定為一年。其一年之期限。在工作須交付者。自工作交付時起算。在工作無須交付者。自工作完成時起算。（四九八條）

（B）　特別非難期限　在土地上工作物或其重大修繕之承攬。定作人之非難期限。定為五年。（四九九條）蓋工作為建築物。或其他土地上之工作物。或為此等工作物之重大之修繕者。其瑕疵不易發見。而危險又甚重大。故較一般者。特予延長也。

（C）　非難期限之延長　承攬人明知工作有瑕疵。希圖蒙混。故意不告知定作人者。其一般非難期限。延為五年。而特別非難期限。則延為十年。（五〇〇條）蓋以承攬人有惡意沈默情事。故特延長其責任之存續期限也。再當事人間。得以特約。延長非難期限。（無論一般者或特別者）但不得減短。

（五〇一條）蓋以延長。足保護定作人之利益。而減短則不易發見瑕疵也。

消滅期限

2　消滅期限　定作人之瑕疵擔保權。其消滅時效之期限。定爲一年。即瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、或契約解除權。均因一年間不行使而消滅。其一年之期限。則自瑕疵發見時起算。（五一四條一項）

瑕疵預防之請求權

七　定作人之瑕疵預防請求權　工作進行中。因承攬人之過失。顯可預見工作有瑕疵。或有其他違反契約之情事者。定作人得定相當期限。請求承攬人改善其工作。或依約履行。承攬人若不於此相當期限內。依照改善。或依約履行。則定作人得使第三人改善。或繼續其工作。凡因此所需之費用。及工作毀損滅失之危險。均仍由承攬人負擔。（四九七條）蓋定作人之行使瑕疵擔保權。須自工作交付時或完成時起。始得向承攬人主張。（四九八條參照）純係事後救濟。但與其救濟於事後。曷若預防於事前。故使定作人。有此項預防請求權也。

第三款 定作人之義務

定作人之義務

報酬支付之義務

一 報酬支付之義務 定作人依承攬契約。對於承攬人。應負支付報酬之義務。其合意、種類、數額等項。前經述明。茲更舉其他重要事項於左。

1 報酬支付之時期 當事人關於報酬支付之時期。訂有特約者。依其特約。若無特約。則依準則的規定。即工作須交付者。報酬應於交付時給付之。工作無須交付者。應於工作完成時給付之。（五〇五條一項）蓋以報酬之給付。係對於工作之完成。必須俟工作有結果時。始應給付也。但工作係分部交付。而報酬係就各部分定之者。應於每部分交付時。給付該部分之報酬。（五〇五條二項）毋庸俟至全部工作之完成交付時也。

2 報酬之估計概數 當事人訂立契約時。依工作之性質。未能精確算定報酬之數額，僅估計報酬之概數者。如其報酬。因非可歸責於定作人之事由。超過概數

甚鉅者。定作人得於工作進行中。或完成後。解除契約。（五〇六條一項）蓋以因意外情事。報酬超過甚鉅。本非定作人預料所及。應使得解除契約。以資救濟。且在承攬人。如後所述。得向定作人。請求相當之損害賠償。雖經解除。不至受損。但工作爲建築物或其他土地上之工作物。或爲此等工作物之重大修繕者。如其工作物已完成時。定作人僅可請求相當減少報酬。不得解除契約。蓋以在此情形。解除契約。於國家經濟。殊不利益也。若其工作物。尚未完成時。則定作人得通知承攬人停止工作。並得解除契約。（五〇六條二項）

定作人據以上情形。解除契約時。對於承攬人應賠償相當之損害。（五〇六條三項）蓋使承攬人亦不受損。以期公允也。此項損害賠償請求權。承攬人於定作人解除契約後一年內。若不行使。卽歸消滅。（五一四條二項）

工作物完成之協助義務

二　工作完成之協助義務　定作人對於工作完成原則上並無協助義務。但依工作之性質。需定作人之行爲卽其協助。始能完成者。【註一】則負協助義務矣。定作人違

反義務。不爲其協助行爲時。承攬人得定相當期限。催告定作人爲之。如經催告。而定作人於催告期限內。仍不爲其協助行爲。則承攬人。得解除契約。(五〇七條二項) 此項解除權。自催告所定期限屆滿後一年內。如不行使。卽歸消滅。(五一四條二項)

【註一】例如承攬人須於定作人指定之土地上建築房屋。或於定作人所有材料上。加以彫刻時。定作人如不指定土地。或交付材料。則承攬人無由建築或彫刻是。

工作受領之義務

三　工作受領之義務　工作依其性質。有須交付者。有無須交付者。前經述明。其無須交付者。工作完成時。卽視爲受領。(五一〇條) 承攬人既無須交付。在定作人方面。自無所謂受領之協助行爲。至於工作須交付者。承攬人應負交付之義務。此項交付義務。非有定作人受領之協助行爲。無從完結。在此情形。定作人究負受領之義務否。我民法並無規定。故除以特約訂明受領義務外。定作人僅有受領之權利。並無受領之義務。【註二】其結果如下。卽定作人受領遲延時。承攬人僅可依債權人負遲延責任之規定。提存工作物。或拋棄工作物之占有。以免交付義務。及請求費用

原則上僅有受領之權利並無受領之義務

之債還而已。（二三四條至二四一條三二六條至三三三條參照）不得依債務人遲延之規定。請求損害賠償。或解除契約也。（二三一條二三二條二五四條參照）

【註二】德民第六四〇條。規定定作人對於依契約完成之工作。負受領之義務。故依德民。定作人不僅有受領之權利。並負受領之義務。其受領遲延時。承攬人之免責方法及請求賠償。不僅得依債權人遲延之規定。並可依債務人遲延之規定。此則與我民異矣。

危險負擔

四　危險負擔　因不可歸責於承攬人之事由。在工作中途。或在工作完成後。其工作毀損滅失時。承攬人應否重行工作。以及承攬人如毋庸重行工作。定作人之報酬債務。是否亦因而免除。斯爲承攬之危險負擔問題。本書因報酬債務及工作受領之關係。便宜上於此處說明之。據我民法之規定。工作毀損滅失之危險。於定作人受領前。由承攬人負擔。（五〇八條前段）其無須交付者。以工作完成時。視爲受領。（五一〇條）

以受領時爲危險歸屬之標準

此乃仿多數立法例。關於承攬之危險負擔。規定以工作受領之時爲標準。定危險負担之歸屬。【註三】蓋承攬人之義務。在完成工作。定作人之支付報酬。亦係對於工

作之完成。而工作之受領。又足以表明定作人有承認完成之意思。故自受領時起。使危險移轉於定作人。即此項危險。在受領前。由承攬人負擔。而受領後。則由定作人負擔也。

【註三】　考羅馬法。關於承攬之危險負擔。其工作之危險。原則上由承攬人負擔之。原定定作人未承認工作前。由承攬人負擔之。嗣後稍加限制。即在承攬人完成工作後。定作人未承認前。如因意外事變。工作物毀損滅失時。則由定作人負擔之是也。德意志普通法。其見解大別爲三。（一）謂除定作人受領遲延者外。其工作之危險。應自定作人承認工作時。移轉於定作人。（二）謂工作之危險。應自[illegible]完成時起移轉於定作人。（三）謂工作在完成前滅失時。其成就部分。如已適於定作人之承認。則承攬人得按其部分。請求報酬。普國國法一部第十一章九六〇條法民一七八八條一七九〇條奧民一一五七條德民六四四條瑞債三七六條。皆採第一見解。我民法亦同。惟薩克遜民法一二四八條一二四九條。皆採第二見解。至於日民。因無明文規定。解釋紛歧。

1　因事變履行不能之危險負擔　因不可歸責於雙方當事人之事由。在工作中途

行不能之危險負擔

。材料或完成之一部毀損滅失。又或在完成後受領前。其工成物毀損滅失。致承攬人不能履行其承攬契約時、（例如彫刻師、因地震毀其彫成木像、並喪失兩手、不能再彫是、）無論材料。供自何方。承攬人均毋庸重行工作。（二二五條參照）但亦不得向定作人請求報酬。蓋以受領前。應由承攬人負擔危險也。（五〇八條一項前段並參照二六六條一項）

因事變履行困難之危險負擔

2　因事變履行困難之危險負擔　因不可歸責於雙方當事人之事由。在工作中途。或完成之一部。毀損滅失。又或在完成後受領前。其工作物毀損滅失。僅致工作完成困難。或工作物重作困難。並非不能時。（例如建築將成之房屋、因街隣失火延燒、尚可重築僅多費金錢是、）承攬人仍須重行工作。蓋以受領前。應由承攬人責擔危險也。惟工作之材料若原由定作人供給者。仍須由定作人重行供給材料。承攬人始應重行工作。蓋以定作人所供給之材料。因不可抗力而毀損滅失者。承攬人不負其責也。（五〇八條二項並參照德民六四四條二項）至於承攬人。重行工作。其交付或完

成時。得向定作人請求報酬。自不待言。

3 受領遲延後之危險負擔　工作毀損滅失之危險。固自定作人受領時起。始移轉於定作人。但承攬人完成工作後。已依債務本旨。提出交付。而定作人不爲受領之協助行爲。其受領遲延者。則此項危險。應自受領遲延時起。移轉於定作人。（五〇八條一項後段二三四條並參照德民六四四條一項中段）即受領遲延後受領前。其工作物因事變而毀損滅失時承攬人毋庸重行工作。並得向定作人請求報酬也。

4 應歸責於定作人之履行不能　於定作人受領工作前。因其所供給材料之瑕疵。或其指示不適當。致完成之工作。毀損滅失。或不能完成時。承攬人毋庸重行或續行工作。並得請求其已服勞務之報酬。及墊款之償還。如定作人有過失者。更得請求損害賠償。（五〇九條並參照二二五條二六七條德民六四五條）惟承攬人須及時將材料之瑕疵。或指示不當之情事。通知定作人。始得行使上述之權利。（五〇九條中段）蓋以承攬人。應誠實履行其債務也。

法定抵押權

五　承攬人之法定抵押權　承攬之工作。爲建築物。或其他土地上之工作物。或爲此等工作物之重大修繕者。承攬人就承攬關係所生之債權。對於其工作所附之定作人之不動產。有抵押權。（五一三條）

第三節　承攬契約之終了

定作人之解除

一　定作人之解除　承攬人對於工作之瑕疵修補遲延。或拒絕修補。或修補不能時。定作人得解除契約。但輕微瑕疵。或工作爲土地上工作物者。不在此限。（四九四條）

定作人之終止

二　定作人之終止　定作人於工作未完成前。得賠償承攬人因契約終止所生之損害。而隨時終止契約。（五一一條）

1　立法理由　蓋定作人既不欲完成工作。毋庸加以強制。且承攬人可得相當之損害賠償。亦不至受損。故使定作人於工作未完成前。得隨時終止契約。

2　終止權之存續期限　定作人之終止契約。僅限於工作未完成前。故完成後。

雖未交付。亦不得終止。

3　終止之方法　終止得以單純之意思表示爲之。並非以提出損害賠償。爲終止之要件。不過於終止後。應賠償損害而已。

4　終止之效果　在使雙方當事人。均免除其債務。但承攬人因契約終止所生之損害。應由定作人賠償之。以昭公允。至於損害賠償之範圍。法無規定。自應解爲應償還承攬人已支出之費用。並賠償其可得之利益。（二一六條參照）

履行不能

三　履行不能　工作不能完成時。承攬契約當然終了。自不待言。卽如承攬之工作。以承攬人個人之技能爲契約之要素者。倘承攬人死亡。或非因其過失。致不能完成其約定之工作時。其契約當然終止。（五一二條一項）惟工作已完成之部分。於定作人爲有用者。定作人有受領及給付相當報酬之義務。（五一二條二項）又如承攬之工作。在滿足定作人本身上之需要者。（例如包安定作人之假足是）如定作人死亡時。其契約亦當然終止。

一般原因　四　一般消滅原因　即應依一般法律行為之消滅原因。而歸於消滅也。

第十章　出版（五一五條以下瑞債三八〇條以下奧民一一七二條一一七三條德國一九〇一年特別法）

第一節　出版之性質

出版云者。當事人一方。（出版權授與人）約使出版。以文藝、學術或美術之著作物。交付他方。（出版人）而他方則約定擔任印刷及發行之契約也。（五一五條）〔註一〕分析言之。

〔註一〕　考各立法例。關於出版。多僅有出版法、著作權法等公法的規定。至關於出版契約。特設私法的規定者。殊不多睹。惟德國於一九〇一年六月十九日。曾頒關於出版權之特別法。瑞士債務法特設出版契約一章。規定頗詳。（瑞債第二編第十二章三八〇條至三九三條）奧國民法。於一一七二條一一七三條。匈牙利商法。於五一五條。亦設有關於出版契約之規定。我國民法。關於出

版契約。殆全採瑞士債務法之規定也。

出版在出版權授與人將著作物交付出版人出版

一　出版係出版權授與人。約使出版。而將著作物。交付於出版人之契約　故出版契約。在使出版權授與人。負交付著作物於出版人。俾得利用而出版之債務也。

著作物之意義

1　著作物及著作權　著作物者。謂文書圖畫之著作也。論其種類。固有屬於文藝上之著作者。有屬於學術上之著作者。有屬於美術上之著作者。（著作權一條參照）而出於個人精神的所產則一也。

著作權與著作人

著作權者謂依著作權法註册。而取得專有著作物重製之利益也。（著作權法一條）【註二】蓋法律爲保護著作人之利益。賦與著作人專有重製之權利。使獨占的利用其著作物。而禁止他人使用其著作物也。【註三】然享有著作權者。非必即限於著作人蓋著作權得轉讓繼承。（著作權法三條四條）故著作權之受讓人或繼承人。雖非著作人。亦得爲著作權人也。

【註二】重製云者。謂著作物之一切倣製行爲也。匪特按其原形。印刷、雕刻、複寫。而模倣內

容。翻譯抄錄演奏。亦莫不屬之。

【註三】凡著作必須有獨創的內容。始得受法律之保護。而賦與著作權。故文書之著作。必須言文之組織。（外部的形式）及內容之體系。（內面的形式）均有獨創之點。始得謂爲著作物。而著作此種著作物者。始得謂爲著作人。

出版權

2　出版權　出版權者。出版人本諸出版契約。而取得行使著作人專有著作物重製利益之一種形成權也。蓋著作物重製之利益。本爲著作人所專有。若出版人。欲出版他人之著作物。則須與該著作物之著作人。締結出版契約。藉以取得其專有重製之利益。始可獨占的利用該著作物而出版也。關於出版權之性質。俟於第二節詳敍之（見第一九八頁）。

出版權授與人

3　出版權授與人　出版契約之一方。與他方締結出版契約。使他方得據以取得著作物之出版權者。謂之出版權授與人。質言之。即出版權授與人約以自己著作物。交付於出版人。使得獨占的利用其著作物也。在通常情形。出版權授與人。

因多即爲著作人。但著作權得轉讓或繼承。著作權之受讓人或繼承人。亦有爲出版權授與人者。故不稱爲著作人。而稱爲出版權授與人也。

4 約使出版而交付著作物　即出版權授與人。與出版人。締結出版契約。將著作物。交付於出版人。使擔任其出版也。蓋以著作人多無出版之設備與經驗。自己出版。諸多不便。故擇定有相當設備與經驗之出版人。約使擔任出版也。

出版在出版人擔任出版

二 出版係出版人約定擔任印刷及發行之契約　故出版契約。在使出版人。負擔出版之債務也。

出版之意義

1 印刷及發行即出版　出版云者。謂印刷著作物而發行之也。印刷云者。用機械或印版及其他化學材料製成文書圖畫之謂也。發行云者。出售或散佈之謂也。出售乃以文書圖畫。向公衆有償出賣。而散佈則向公衆。無償散發也。（出版條例原則之二參照）故民法五一五條所謂印刷及發行。即指出版而言者也。

出版人

2 出版人之擔任出版　出版契約之一方。約於自己之計算。而出版對方所交付

何謂擔任出版

之著作物者。謂之出版人。質言之。卽在出版契約。出版權授與人所交付之著作物。應由出版人擔任印刷及發行。其經營之結果。無論利益或損失。均歸屬於出版人。與出版權授與人無涉。故民法五一五條所謂約定擔任印刷及發行。卽指出版人之出版。應於其自己之計算而言者也。

三 出版契約之本質

1 出版係雙務契約　在出版契約。出版權授與人。負使對方得獨占的利用其著作物之債務。而出版人則負擔任出版之債務。雙方之債務。又有對價的關係。自係雙務契約。

2 出版係不要式契約　出版契約之締結。無須具備法定方式。原則上固係不要式契約。但在通常情形。多以書面定之。

3 出版係諾成契約　出版契約僅由當事人合意而成立。並非以實行給付爲其成立要件。故爲諾成契約。

4　出版係有償或無償契約　出版人對於出版權授與人。約付報酬。並非出版契約之成立要件。其約付報酬者。爲有償契約。而未約付報酬者。則爲無償契約。

出版係有名契約

5　出版係有名契約　我民法倣瑞士債務法。對於出版契約。付與一定名稱並設有特種規定。自係獨立之有名契約。至於其他各國學說判例。或於民法有名契約中。擇其稍類似者。强相附會。或主張爲特別契約說。在我民瑞債。均不足取也。

出版契約之類似者

四　出版契約與其類似者之參異　關於出版。有與出版契約。頗易相混。而實不同者。茲列舉說明。以資區別。

1　自己出版　自己出版云者。謂出版人與著作人。由一人兼充也。質言之。即著作人。於其自己之計算。而自行出版其著作物也。故亦以自費出版稱之。

2　委託出版　委託出版云者。謂出版人於著作人之計算所爲之出版也。質言之

。卽著作人約付一定報酬。將出版委託於出版人。其受委託之出版人。雖以自己名義出版。而經營所生之損益。則歸屬於著作人也。

3 合夥出版 合夥出版云者。謂出版人於雙方共同之計算所爲之出版也。質言之。卽出版人。雖以自己名義出版。而經營所生之損益。則與著作人共同分派也。以上所述三種出版。均非專於出版人之計算行之。自與出版契約不同。

4 著作權之轉讓契約 著作權之轉讓契約云者。謂著作權人。以讓與契約。而轉讓其著作權於受讓人也。通俗所謂賣稿多屬之。在出版契約。其著作權並未轉讓於出版人。不過使得利用而已。既與著作權轉讓契約。應轉讓著作權者有別。且在著作權轉讓契約。其受讓人不負出版之義務。或轉賣圖利。或永不出版。均無不可。亦與出版契約出版人應負出版義務者不同。

第二節 出版之效力

第一款　出版權授與人之義務

出版權授與人之義務

出版權授與人。依出版契約。負使出版人得獨占的利用其著作物之義務。故對於出版人。事實上應授以得利用之狀態。而法律上。則應授以得利用之權能。俾得利用著作物而出版也。此項義務。大別爲三。

交付之著作物須適合出版狀態

一　著作物須以適合出版狀態。而交付於出版人之義務。

著作物之內容

1　著作物之內容　著作物之內容、體例及範圍。多在出版契約。精密約定。若未經約定。則由著作人自由定之。非出版人所得干預。蓋以著作。重在有學問上之價值。其適當與否。應由著作人自行決定也。但著作人仍須依誠實及信用之程度。並顧及發行人一身上及經營上之利益也。

須適合於印刷狀態

2　須以適合印刷之狀態而交付之　即出版授與人交付之原稿。無論抄寫或打字。均須手民。以普通注意。可得辯識。然原稿交付之際。非必限於校正完全。故

交稿之後。著作人尚得訂正或修改其著作物。但限於不妨害出版人出版之利益或增加其責任之範圍內耳。其因此所生之費用。在通常程度者。固由出版人負擔。若逾越通常程度。為出版人不可預見。則應由著作人負賠償責任。（五二〇條一項）

將來著作之交稿期

3 將來著作之著作物　出版契約。為債權契約及諾成契約。故雖以將來著作之著作物為標的之出版契約。亦得有效成立。毫不容疑。在已完成之著作物。於出版契約締結後。固應即時交稿。而將來著作之著作物。則應更有交稿之期限。其期限之長短。多依契約定之。或依所以著作之目的定之。若無此等依據。則依著作人按其供給勤勞情形。得完成著作之期間定之。【註一】

【註一】 例如著作人任有他項職務。（官吏教員）或同時擔任他種著作。亦應加以斟酌。而定其期限是。

使出版人在法律上得獨占的利用之義務

二 使出版人在法律上得獨占的利用其著作物之義務　出版權授與人。不僅應將其著作物交付於出版人。並應於交付時。擔保出版人在法律上。得獨占的利用其著作

物。俾可享受出版之效益也。

出版權之發生

1 出版權之當然發生　我民法規定著作人之權利。於契約實行之必要範圍內。移轉於出版人。(五一六條一項)質言之。卽著作物重製之權利。本爲著作人所專有。倘締結有出版契約。由出版人擔任出版。則應將此重製權利。移轉於出版人。俾得實行其約定出版。惟所移轉者。僅限於實行約定出版之必要範圍內而已。並非絕對的移轉於出版人。故其重製權利。仍係著作人所保有。不過出版人於實行約定出版之範圍內。得享有行使著作人專有重製權利之權能而已。此項權能。謂之出版權。前經述明。出版人之取得出版權。雖本於出版契約。但其權能。則爲法律特別所賦與。凡締結出版契約時。法律上當然發生出版權之權能。其出版人卽得享有此項權能。而行使著作人專有重製之權利。論其性質。實爲一種形成權。【註二】

出版權得以對抗第三人

其基本權。雖爲出版契約之權義。純係債的關係。僅有對抗契約當事人之效力。但出版權。因係行使著作人專有重製之權利。仍得對抗一般之第三人也。故出版

人之出版。受第三人之侵害時。得主張出版權而直接對抗之。此則解釋我民法所應注意者也。【註三】

【註二】關於形成權。請參照本書第五章第三節第三款註二。（見第一二〇頁）

【註三】考德國一九〇一年關於出版權之法律第八條。規定無特別規定時。出版人取得重製及發行之排他的權利。（即出版權）又瑞士債務法第三八一條。規定著作人之權利。於契約實行之必要範圍內。移轉於出版人。此等立法例。均使出版人取得獨立之出版權。以直接排斥他人之侵害也。至於日本國法。因無出版權之規定。其出版契約之權義。僅為契約當事人間之債的關係。自不得以直接對抗第三人。然此種解釋。在我民法。殊不足取。

權利瑕疵之擔保

2　有出版授與權或有著作權之擔保　出版權授與人。應擔保其於契約成立時。有出版授與之權利。如著作物受法律上之保護者。並應擔保其有著作權。（五一六條二項）蓋出版人所以結出版契約者。在欲以行使著作人專有重製之權利。若出版授與人。自己尚無重製之權利。則出版人無以行使。何能享受出版之效益。故使出

版授與人負此項擔保責任也。出版權授與人。違反此項擔保義務時。出版人自得依關於債務不履行之規定。請求不履行之損害賠償。（二二六條）或解除契約。並請求損害賠償。（二五六條 二六〇條）

曾經出版或公表之告知

3 曾經出版或公表之告知　出版權授與人。已將著作物之全部或一部。交付第三人出版。或經第三人公表。【註四】爲其所明知者。應於契約成立前。將其情事告知出版人。（五一六條三項）蓋出版人之目的。在獨占的利用其著作物。若曾經出版或公表。則將來出版物之銷行。不無影響。故在結契前。應由出版權授與人告知。俾出版人自決其結約與否也。倘出版權授與人違反此項告知義務。則應負損害賠償之責。

【註四】例如論文曾經投稿於某雜誌。經其登載。又如講義。曾經學校印刷。又如演稿。曾經學報登載是。

利用之範圍

4 利用之範圍　出版權授與人。使出版人利用著作物時。其範圍若何。原則上

由當事人自由約定之。即在通常情形。多約定發行之版數及部數。以限制其範圍。若版數未約定者。出版人僅得出一版。(五一八條一項)【註五】其部數未約定者。法無規定。自應解爲由出版人決定之。但應依誠實信用之原則。適當定之。【註六】

【註五】德國出版法規定當事人於版數未約定者。出版人僅得出一版。且以一千部爲限。(德出版法五條)

【註六】瑞士債務法規定部數未約定者。由出版人定之。但須應出版權授與人之請求。印刷適當發行之部數。且第一次印刷完畢後。不得補行印刷。(瑞債三八三條二項)

不作爲之義務

三　不作爲之義務　出版權授與人。於出版人依其約定或法定之版數。得印行之出版物未賣完時。不得就其著作物之全部或一部。爲不利於出版人之處分。(五一七條)蓋出版人之目的。在獨占的利用其著作物。出版權授與人。於出版關係之繼續期限內。【註七】自不得爲競爭行爲。以減少其利用之效益。故在出版契約終了前。不得自己出版。或交他人出版。並不得將原著作物改竄割裂。於同一性之程度。【註八】而

重行出版。但左列情形。則爲例外。不得謂爲不利之處分。而出版權授與人仍得爲之。

1　原著作物之翻譯　出版權授與人。得將原著作物。譯成他種文字。另行出版。蓋以著作物翻譯之權利。除契約另有訂定外。仍屬於出版權授與人也。（五二二條）

2　與原著作物非同一性者　即名稱與所研究之範圍。雖與原著作物相同。而言文之組織。及內容之體系。均不同者。得另行出版。蓋以破除同一性。可視爲新著作物也。

【註七】　出版之契約關係。於約定或法定版數得發行之出版物已賣完時。始行終了。故尙未賣完以前。其出版關係尙猶存續也。

【註八】　凡文言之著作物。其言文之組織。及內容之體系，均須有獨創之點。縱令將原著物。改竄割裂。僅變更其言文之組織。而內容之體系。尙未更張。則與原著作物。仍不失爲同一性也。

第二款　出版人之義務

出版人之義務

出版人依出版契約。對出版授與人所交付之著作物。不僅有利用出版之權利。並應有出版之義務。

印刷之義務

一　於自己計算印刷之義務　出版人應以自己之計算。印刷著作物。印刷之損益。既歸屬於出版人。其自己印刷。或交他人承印。則所不問。又印刷之格式、紙章。均由出版人依誠實信用之原則。適當定之。(五一九條二項前段)

發行之義務

二　於自己計算發行之義務　出版人印刷著作物後更應以自己之計算。出售或散佈之。即發行是也。發行之損益。既歸屬於出版人。其推銷之方法。及出售之賣價。固由出版人定之。非出版權授與人所得干與。但應顧及出版權授與人之財產的或人格的利益。依誠實信用之原則。適當定之。其結果如左。

1　努力推銷　即出版人應為必要之廣告。及用通常之方法。（即直接出售或交

他書店發賣是）推銷出版物。（五一九條二項後段）

2 酌定賣價　即出版物之賣價。固由出版人定之。但不得過高。致礙出版物之銷行。（五一九條三項）

三 尊重著作人之人格的利益之義務（尊重著作人之人格的利益之義務）　凡關著作物。乃著作人。表現其精神的產物。其社會供獻。及毀譽褒貶。均集於著作人本身。故著作人對於著作物。於專有重製之財產的利益外。尙有精神的利益。此項利益。與吾人之自由名譽。實屬相等。自係人格的專屬利益。縱將著作權讓與他人。或著作權業已消滅。而此項人格的利益。仍專屬於著作人。不得由他人。將原著物改竄割裂。以侵害其利益。（著作權法二四條二五條參照）出版人利用著作物而出版時。亦應尊重著作人之人格的利益。其結果如左。

1 照原稿排印　即出版人。對於著作物。不得增減變更是也。（五一九條）

2 著作物之離合由著作人定之　即同一著作人之數著作物。爲各別出版。而交付於出版人者。出版人不得將其數著作物。併合出版。又著作人以其著作物。爲

併合出版。而交付於出版人者。出版人不得將其著作物。各別出版。（五二一條）蓋以著作物之合併出版或各別出版。於著作人之聲譽。不無影響。自應解爲著作人之人格的專屬利益。非出版人所得變更也。

支付報酬之義務

四　支付報酬之義務　支付報酬。並非出版契約成立之要件。故報酬之有無。由當事人自由的定之。其約付報酬時。出版人對於出版權授與人。斯有支付報酬之義務矣。茲關於報酬。述其應注意之事項於左。

1　有償之視爲　當事人間雖未約定報酬。而依出版權授與人之身分、職業以及交易上習慣等情形。非受報酬。即不爲著作物之交付者。視爲允與報酬。（五二三條二項）

2　報酬之種類　報酬固常多以金錢給付。然亦有給付其他財產上之價值者。例如給與出版物是。

3　報酬之數額　報酬之數額。由當事人自由約定。通常多以部數頁數或字數。

爲決定數額之標準。

4 支付報酬之時期　當事人關於支付報酬之時期。訂有特約者。依其特約。若無特約。則依準則的規定。即著作物全部出版者。於全部印刷完畢時給付之。分部出版者。於其分部印刷完畢時給付之。（五二四條一項）按支付時期。不定爲交稿時。而定爲印刷完畢時者。蓋以報酬之數額。多以印成頁數或原稿字數。爲計算標準。而交稿之後。印刷完畢之前。著作人猶得訂正修改。在交稿時。尙難確定故也。【註九】

【註九】　考德國法。報酬應於交稿時。即付支付。但報酬之數額。若以印成頁數爲標準。則於印刷完畢時支付之。（德出版法二二條二三條二四條）

版稅

5 版稅　報酬之全部或一部。依銷行之多寡而定者。即如現在通行之所謂版稅。出版權授與人之報酬。比例出版人出賣部數之價額而定者是也。（例如每部價額百分之十五或二十是）此種報酬之支付時期。應由出版人依習慣計算而支付之。即出版人應於習慣

上每屆結帳時、依約定比例。結算本屆應得報酬而支付之是也。其結算係比例出賣部數之價額。出版人自應提發行帳簿單據。以資證明也。（五二四條二項）

續版之義務

五　續版之義務　出版人於出版契約。僅約定一版。或未約定版數者。均僅得出一版。（五一八條一項參照）自無續行出版之義務。但約定數版或永遠出版者。於前版之出版物賣完時。斯有續出新版之義務矣。（五一八條二項前段）茲關於續出新版。述其應注意之事項於左。

1　新版之聲請及逾期失權　出版人於前版之出版物賣完後。怠於新版之印刷時。出版權授與人。得聲請法院。令出版人於一定期限內。再出新版。逾期不遵行者。喪失其出版權。（五一八條二項）

2　著作物之訂正或修改　出版人於印刷新版前。應予著作人以訂正或修改著作物之機會。（五二〇條二項）俾得增訂或改進。但著作人僅有訂正或修改之權利。並無此項義務。故出版人不得向請求著作人。僅應予以機會而已。

3　新版之報酬　出版人有出數版之權利者。其次版之報酬。及其他出版之條件。推定與前版相同。（五二三條二項）

第三節　出版契約之終了

出版物已賣完時

一　約定或法定版數得發行之出版物已賣完時　出版人依約定或法定版數。得發行之出版物。已賣完時。其出版契約關係。當然終了。自不待言。（五一七條之反面解釋）

原稿之滅失

二　交稿後原稿因事變滅失致出版不能時　著作物交付出版人後。因不可抗力。歸於滅失。以致出版不能時。其出版契約關係。當然終了。但出版人。仍負給付報酬之義務。（五二五條一項）蓋以原稿交付之後。其毀損滅失之危險。應由出版人負擔也。（三七三條三四七條參照）在上述情形。出版契約。因應歸終了。但在左列二種例外。其契約依然存續也。（五二五條二項三項）

1　滅失之著作物。如著作人另存有稿本者。應將該稿本交付於出版人。俾得利

用出版。

2 雖無另存稿本。而著作人不多費勞力。即可重作者。亦應重作原稿。交付於出版人。俾得利用出版。在此二種情形。著作人自得請求相當之賠償。

出版物之滅失

三 出版物因事變滅失致出版不能時 印刷完畢之出版物。於發行前。因不可抗力。全部或一部歸於滅失。以致全部或一部出版不能時。其出版契約當然全部終了。或按其一部歸於終了。至於出版人。仍應給付報酬。則與交稿後原稿滅失時無異。在上述情形。其出版契約。因全部終了。或按消滅之一部。歸於終了。但在下列例外。其契約依然存續。即出版人得以自己之費用。就滅失之出版物。補行出版。對於出版權授與人。於原所應付報酬外。無須另行補給報酬是也。(五二六條) 就出版人得補行出版觀之。其補行出版與否。究由出版人自由決之。並無補行出版之義務也。【註一】

【註一】 瑞士債務法更規定出版人無須過大之費用時。對於滅失之部分。負補行出版之義務。

瑞債三九一條二項）然我民法。既無此項規定。自不得採同一之解釋也。

著作物之完成不能

四　著作物完成不能時　著作物未完成前。如著作人死亡或喪失完成能力。或非因其過失。致不能完成其著作者。其出版契約。當然終了。（五二七條一項）但出版契約之全部或一部。尚可繼續。且以繼續為公平者。（例如未完成之著作可由他人續成雖未完成亦有出版之價值者）法院得許其繼續。並命為必要之處置。（五二七條）

一般原因

五　一般終了原因　即依一般法律行為之消滅原因。應歸消滅是也。